Die Bauberechtigung als persönliche Berechtigung im öffentlichen Recht

Ein Beitrag zur Beseitigung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Herbert König

Gerichtsreferendar

aus Constanța (Rumänien)

1939

Buchdruckerei Karl Bölzle, Tübingen, Marktgasse 10

Dekan: Prof. Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Prof. Dr. von Mangoldt

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Merk

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juni 1939

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Lehre und Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts im Zeitalter des Liberalismus 5

§ 1. Die Entwicklung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im wissenschaftlichen Schrifttum. 5

§ 2. Die Auffassung des Gesetzgebers sowie der Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts. 9

1. Die Auffassung des Gesetzgebers. 10

2. Die Auffassung der Verwaltungsgerichte. 11

3. Die Verschiedenheit der Auffassung der Wissenschaft und derjenigen von Gesetzgebung und Rechtsprechung. 13

II. Die Auseinandersetzung im neuen Staat über die subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts 14

§ 3. Der liberale Charakter des Begriffs und seine Ablehnung. 14

1. Die liberalen Merkmale des Begriffs. 14

2. Die Ablehnung der subjektiven öffentlichen Rechte. 17

§ 4. Subjektives Recht allgemein und Bauberechtigung im besonderen im Lichte der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung 18

1. Die Ausstattung der Volksgenossen mit Rechten im Bereich der öffentlichen Rechtsordnung. 18

2. Die Frage der Bauberechtigung im besonderen. 21

a) Die für Württemberg erfolgte Aenderung der Bauordnung. 21

b) Neue Reichsgesetzgebung zur Neugestaltung des Baurechts. 22

c) Die Bejahung der Bauberechtigung. 23

Seite

§ 5. Die Notwendigkeit einer neuen Begriffsbezeichnung. 27
1. Neue Sinndeutung der subjektiven Rechte. 27
2. Die Notwendigkeit einer neuen Bezeichnung der öffentlichen Berechtigungen. 30
§ 6. Der Begriff der Eigenrechte nach Hofacker. 31
§ 7. Der Begriff der Rechtsstellung nach Larenz. 33
1. Das Wesen dieser Rechtsstellung. 33
2. Rechtliche Würdigung 34
a) Die Frage der Einheit des objektiven Rechts. 34
b) Würdigung des Vorschlages von Larenz. 35
§ 8. Die Berechtigung als persönliche öffentliche Berechtigung. 37
§ 9. Persönliche Berechtigung und sogenanntes Reflexrecht. 40
§ 10. Die Bauberechtigung als persönliche öffentliche Berechtigung. 42
1. Der öffentlich-rechtliche Ursprung der Bauberechtigung. 42
2. Die Bedeutung der neueren Rechtsprechung zumal des sächsischen Oberverwaltungsgerichts für den Persönlichkeitscharakter der Bauberechtigung. 43
3. Die Durchsetzungsmöglichkeit der Bauberechtigung. 48
§ 11. Der Anspruch auf Erteilung der baupolizeilichen Erlaubnis. 51
1. Die subjektiv-rechtliche Lehre. 52
2. Die objektiv-rechtliche Lehre, sowie die Lehre vom Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt. 54
3. Der Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis als Teil der Bauberechtigung. 57
4. Die Frage der Bezeichnung der dem Baugesuch stattgebenden Verwaltungsmaßnahme. 59

I. Lehre und Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts im Zeitalter des Liberalismus.

Obwohl die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht sich um die Jahrhundertwende endgültig als herrschende Meinung durchgesetzt hatte, blieb sie auch dann noch Gegenstand vereinzelter Angriffe.[1]) Dieser nie ganz erloschene Streit um die Frage ihrer Daseinsberechtigung trat mit dem politischen und geistigen Umbruch der Nation in eine neue und entscheidende, in seine wohl letzte Phase ein. Erneut wurde die Lehre Gegenstand reger Auseinandersetzung in Wissenschaft und Praxis.

Diese Entwicklung verstehen und zur Lösung der Frage beitragen wollen, was an die Stelle jener Lehre und jenes Begriffs treten soll, heißt sich zunächst mit der Geschichte dieser Rechte vertraut machen und mit ihrem Wesen sich auseinandersetzen. Dabei ermöglichen es die im Schrifttum des Staats- und Verwaltungsrechts vorhandenen mannigfaltigen Darstellungen[2]), weniger den geschichtlichen Werdegang dieser Rechte aufzuzeigen, als vielmehr einen kurzen Abriß ihrer geistigen Entwicklung von den Ansätzen eines Gemeinschaftsdenkens weg zu rein liberalen Grundsätzen zu geben.

§ 1. Die Entwicklung der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im wissenschaftlichen Schrifttum.

Der Polizeistaat hatte versucht, in alle Gebiete des menschlichen Lebens regelnd einzugreifen. Diese Herrschaft des selbstherrlichen Fürsten bedeutete weitgehende Beschränkung der Bewegungsfreiheit seiner Untertanen. Infolgedessen war es nur ein durchaus natürlicher Rückschlag gegen diese in steigendem Maße als unerträglich empfundene Bindung, wenn in der Zeit des aufklärerischen Naturrechts des 18. Jahrhunderts der Gedanke des subjektiven Rechtes des Einzelnen sich zu entwickeln beginnt. Während in Frankreich der Ruf nach Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit erschallt, zieht in deutschen Landen

[1]) Etwa Bornhak: S. 99.

[2]) Etwa bei Bühler, Georg Jellinek, Fleiner und Höhn, II. —

zunächst der Kantische Begriff des subjektiven ethischen Idealismus ein.[3]) Doch bald verliert sich diese letzte Rechtfertigung des Einzelwillens aus seiner sittlichen Bestimmung. Der unabhängige Wille tritt seine Herrschaft an; die Zeit des „Formalismus des Willens" beginnt.[4])

Die Bejahung eines subjektiven Rechtes des Einzelnen bleibt nicht auf das Privatrecht beschränkt. Unter dem Einfluß der Erinnerung an die polizeistaatliche Vergangenheit mußte das Entstehen eines selbständigen öffentlichen Rechts sowie der Hang, privatrechtliche Begriffe rückhaltlos auf dieses neue Rechtsgebiet zu übertragen, auch die Frage nach subjektiven Rechten gegen den hoheitlichen Staat aufwerfen. Sie wird für Frankreich durch die Anerkennung der Menschen- und Bürgerrechte bejaht. Wenig später greift dieses französische System auf die belgische Verfassung von 1831 über und gibt auch den Verfassungen der deutschen Staaten Anreiz zu ähnlicher Regelung. So nehmen die konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts in ihre jungen Verfassungen die öffentlichen Rechte der Einzelnen als Grundrechte auf und bestätigen damit in feierlicher Form den Durchbruch einer rationalen und individualistischen Rechtsordnung. Diese Grundrechte werden Vorläufer der subjektiven öffentlichen Rechte.

Carl Friedrich von Gerber[6]) hat sie wohl erstmals ausführlich zu rechtfertigen versucht. Er löst sich zwar noch nicht aus dem individualistischen Rahmen seiner Zeit, ist aber doch bemüht, diese öffentlichen Rechte des Einzelnen immer mit den Erfordernissen der Gemeinschaft in Einklang zu bringen. Der Einzelne darf diese Rechte nicht als „Rechte seiner isolierten Persönlichkeit"[7]) betrachten, sondern als „Rechtssätze, d. h. Sätze des objektiven Rechts"[8]). Denn die zu seinen Gunsten erlassenen Gesetze sind nicht als subjektive Rechte „lokalisiert in der Rechtssphäre des Individuums" aufzufassen. Damit war durchaus die Möglichkeit einer gemeinschaftsbetonten Entwicklung gegeben. Die subjektiven öffentlichen Rechte waren in dieser „ihrer ursprünglichen Gestalt nicht gegen den Staat gerichtet und mußten es bis in die Ge-

[3]) Larenz: I, S. 228.
[4]) Larenz: I, S. 231.
[5]) So auch Dannbeck: S. 433. — Gegen eine Gleichsetzung beider Begriffe wenden sich jedoch: a) Bühler: S. 128, 129 Note 214; b) Maunz: S. 72.
[6]) „Ueber öffentliche Rechte" 1852, vergl. auch Höhn: I, S. 657—663.
[7]) C. F. Gerber: I, S. 31.
[8]) C. F. Gerber: II, § 11, S. 34.

genwart nicht sein“ [9]), zumal neben Laband [10]) auch Bornhak [11]) — dieser selbst noch zu Zeiten des Weimarer Parteienstaates — ihre Daseinsberechtigung bestreitet.

Der Richtung Gerbers steht jedoch eine ausschließlich liberale entgegen und gelangt etwa seit Georg Jellineks Lehre von den Zustandsverhältnissen des Einzelnen zu allgemeiner Anerkennung. Auch Gierkes Gemeinschaftsdenken, das im öffentlichen Recht keinen Einfluß zu erringen vermochte, konnte den Sieg dieser Entwicklung nicht verhindern. Diese liberale Auffassung geht von dem Einzelnen als bestimmendem Mittelpunkt rechtlicher Ordnung aus und führt damit notwendig zu einer Trennung des Staates von seinen Bürgern sowie zu gegenseitiger Entfremdung beider. Die dem bürgerlichen Rechtsstaat eigentümliche Vorstellung von einem möglichst absoluten, unantastbaren Rechtskreis des Einzelnen muß diesen in Gegensatz zum Staat bringen, der ebenfalls im Rahmen eigener Belange handelt. In dieser Gegensätzlichkeit wird nach herrschender Auffassung das Schutzbedürfnis des Einzelnen durch Zuerkennung subjektiver öffentlicher Rechte und durch Schaffung immer neuer solcher Rechte befriedigt. Der einzelne erhält um seines eigenen Vorteiles willen rechtliche Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt [12]). So sagt auch Georg Jellinek, das subjektive öffentliche Recht beruhe nicht auf erlaubenden, sondern auf ausschließlich machtverleihenden Rechtsätzen [13]). — Wie sehr ist doch in dieser Lehre des Gewaltverhältnisses das Gesicht des subjektiven Privatrechtes als eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft wiederzuerkennen [14]).

Bühler gibt nach teils vergeblichen Versuchen seiner Vorgänger [15]) folgende Bestimmung des Begriffs: „Subjektives-öffentliches Recht ist diejenige Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf“ [16]).

Seine Formulierung faßt wohl am treffendsten den gesamten Ideengehalt jener uns weltanschaulich fremden Lehre in Worte. Es hat

[9]) Maunz: S. 72. — So auch Hofacker: I, Sp. 723.
[10]) Laband: Bd. I, S. 151 und Bd. III, S. 207.
[11]) Bornhak: S. 99 — so auch Wilhelm Schuppe, S. 88.
[12]) Otto Mayer; S. 104, 107, 108.
[13]) G. Jellinek: S. 52. — Vergl. auch Hußla: S. 4.
[14]) Windscheid-Kipp: S. 156, auch Schuppe: S. 49.
[15]) So etwa Fleiner: S. 156, 159.
[16]) Bühler: S. 224.

zwar in der Folge nicht an Versuchen gefehlt, andere Begriffsbestimmungen aufzustellen[17]); aber sie alle unterscheiden sich in sachlicher Hinsicht und im liberalen Grundgehalt nicht wesentlich von derjenigen Bühlers. — Eine Ausnahme von dieser streng liberalen Sinndeutung subjektiver öffentlicher Rechte im Kreise der wissenschaftlichen Erörterungen bilden wohl nur die Auffassungen der Vertreter des württembergischen Schrifttums. Sarwey[18]) etwa und Göz[19]) anerkennen zwar ebenfalls subjektive öffentliche Rechte, messen ihnen aber doch nur geringe Bedeutung bei und vermögen darum auch nicht zu sagen, was seine wesentlichen Merkmale sind. —

Als subjektive öffentliche Rechte sind nun im leberalen Rechtsstaat die sogenannten Mitwirkungsrechte[20]) anerkannt, die dem Einzelnen einen Anspruch auf irgendwelche Teilnahme an der Staatsgewalt einräumen. Georg Jellinek nennt den Zustand, der durch Gewährung dieser Rechte geschaffen wird, einen Zustand der „aktiven Zivität"[21]). Diese aktiven Fähigkeiten, zu denen vor allen Dingen das Wahlrecht zählt, werden meist auch „politische Rechte"[22]) bezeichnet.

Subjektive öffentliche Rechte sind ferner die Rechte auf positive Leistungen des Staates im Interesse des Einzelnen. Der Staat hat die rechtliche Pflicht, in Leistungen des Gerichts (z. B. Beurkundungen und Urteile) oder der Verwaltungsbehörden, etwa Erteilung von Bauerlaubnissen tätig zu werden[23]). Nach Fleiner sind auch die beamtenrechtlichen Ansprüche auf Leistungen des Staates, also etwa die Ansprüche auf Gehalt, auf Ruhebezüge oder Versorgung subjektive öffentliche Rechte[24]).

Ein Großteil der subjektiven Rechte gewährt Anspruch auf ein „Nichthandeln der Staatsgewalt"[25]), auf ein Dulden von Seiten der Verwaltungsträger. Sie werden daher „negative" subjektive öffentliche Rechte, auch Unterlassungsansprüche genannt. Georg Jellinek bezeichnet diese Rechte als den „Zustand" des Freiheitsbereichs, als

[17]) Richter: S. 41, Lemor: S. 18, Hußla: S. 4. — So auch die Rechtsprechung, weniger die zivilgerichtliche als die verwaltungsrichterliche, obwohl auch diese nur selten ausdrücklich von subjektiven öffentlichen Rechten spricht (wie etwa VGH in WüRV 1922, 23 und 1925, 159).

[18]) Allgemeines Verwaltungsrecht 1884.

[19]) Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902.

[20]) Etwa O. Mayer: S. 108, vergl. auch Köhler: S. 21.

[21]) G. Jellinek: S. 139 ff (141).

[22]) G. Jellinek: S. 147, 160; Fleiner: S. 160; O. Mayer: S. 110, Note 12; vergl. auch Köhler: S. 219; Laband (Bd. I, S. 331) hingegen betrachtet das Wahlrecht als sogenanntes Reflexrecht.

[23]) G. Jellinek: S. 121.

[24]) Fleiner: S. 160; Merkl: S. 136; a. Anf. Kormann: II, S. 251.

[25]) von Laun: I, S. 96.

„negativen status“ [26]). Nach herrschender Auffassung sind Unterlassungsansprüche etwa das Recht auf Gewerbefreiheit [27]) oder auf Baufreiheit [28]). Der Gewerbetreibende hat einen Anspruch auf freie Ausübung seines Gewerbes im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften, der Baulustige auf freie Ausübung der Bautätigkeit. Dem mit diesen Rechten ausgestatteten Einzelnen bleibt nach der Lehre vom subjektiven öffentlichen Rechte ein um seine Person und seine Interessen gebildeter Freiheitsbereich erhalten. Er umfaßt nicht nur den Rechtskreis, der auch bei subjektiven Privatrechten gesichert ist, sondern darüber hinaus den „aktiven Handlungsbereich“, der selbst vor staatlichen Eingriffen verschont bleibt. Der Berechtigte hat einen Anspruch darauf, daß ihm der Staat diese Handlung nicht untersagt. — Unterlassungsansprüche sind auch die allgemeinen Grund- und Freiheitsrechte, z. B. die Presse-, Vereins- und Religionsfreiheit. Sie unterscheiden sich jedoch von den übrigen subjektiven öffentlichen Rechten dadurch, daß ihre Daseinsberechtigung nicht vom Willen des Staates abgeleitet, sondern außerstaatlich, d. h. ursprünglich erklärt wird. Diese Vorstellung von ursprünglichen Grundrechten und Freiheitsrechten des Einzelnen im Staate hängt eng mit der naturrechtlichen Lehre vom contrat social zusammen, welche den Staat als eine freiwillige vertragliche Verbindung seiner Bürger betrachtet. Diese Bürger behalten auch innerhalb des Staates ihre natürlichen oder „überstaatlichen“ Rechte bei. Der Einzelne nimmt also nur mit einem Teil seines Wesens am Gemeinleben teil, mit dem anderen, eben mit diesen Freiheitsrechten bleibt er außerhalb des staatsgebundenen Bereichs.

§ 2. Die Auffassung des Gesetzgebers sowie der Verwaltungsgerichte unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts.

Die Ansicht des Gesetzgebers wie die der Gerichte, vornehmlich auch der höchsten Verwaltungsgerichte, bleibt in der Frage der subjektiven öffentlichen Rechte weit gemäßigter als die Auffassung des wissenschaftlichen Schrifttums. Gewiß bejaht unter dem allgemeinen liberalen Einfluß jener Zeit auch die Rechtsprechung das Vorhandensein

[26]) G. Jellinek: S. 94 ff; vergl. hiezu auch die „negativen Freiheitsrechte“ bei Haenel: S. 356.

[27]) So auch v. Laun: II, S. 80 ff; Bühler: S. 234, 240.

[28]) So auch etwa Bühler: S. 330; Pape: S. 21; Hußla: S. 16; Ackermann: S. 45 ff und Häffner-Burger: S. 2 zu Art. 1.

von subjektiven öffentlichen Rechten. Doch folgt sie der Wissenschaft nur insoweit, als dies ohne Ueberspannung liberalen Denkens möglich erscheint. Denn während nach herrschender Auffassung der Wissenschaft die Lehre von den subjektiven öffentlichen Rechten zum maßgeblichen Inhalt des gesamten Verwaltungsrechts erklärt wird, vermeiden es die Gesetzgebungen der Länder wie zumeist auch die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte, ausdrücklich von subjektiven öffentlichen Rechten zu sprechen. Sie selbst betrachten diese Rechte nicht als so sehr wesentlich, geschweige denn als Schwerpunkt der Verwaltungsrechtspflege oder gar als unantastbares Gut des Berechtigten.

1. Die Auffassung des Gesetzgebers.

Art. 1, Absatz I der württembergischen Bauordnung vom 28. Juli 1910[29]) lautet: „Die privatrechtliche Befugnis, auf dem Grundstück zu bauen, unterliegt nur den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen, die durch Gesetz festgestellt sind. Als Gesetz gilt jede Rechtsnorm". Damit wird dem Grundbesitzer ein Recht zum Bauen eingeräumt, welches nur durch Gesetz im sachlichen Sinn beschränkt werden darf. Von dieser Möglichkeit einer Beschränkung des Rechtes aus Art. 1 hat nun aber der Gesetzgeber verschiedentlich Gebrauch gemacht, nicht zuletzt auch in der Bauordnung selbst. So enthält die Bauordnung Vorschriften etwa über den Vorrang des Ortsbauplanes (Art. 15), über die Höhe bei Vorder- und Hintergebäuden (Art. 37, 38), Mindestabstände bei Lichtöffnungen (etwa Art. 44), seitliche Grenzabstände der Außenmauern (Art. 48), sowie Regeln über Brandmauern (Art. 69). Oder sie enthält in Art. 97 Beschränkungen zur Sicherung künstlerisch oder geschichtlich wertvoller Bauwerke.

Aehnlich liegen die Verhältnisse in anderen deutschen Ländern, zumal in Preußen. Zwar sagt § 65, I, 8 des Allgemeinen Landrechts: „In der Regel ist jeder Eigenthümer, seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder seine Gebäude zu verändern, wohl befugt"[30]). Dennoch wird das in dieser Vorschrift anerkannte Baurecht durch örtliche Bauvorschriften wie auch durch landes- und reichsrechtliche Bestimmungen wesentlich eingeschränkt. So regelt für Preußen das Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen

[29]) Reg.Blatt 1910, 333. — Diese Fassung von 1910 wurde durch württbg. Ges. vom 15. 12. 1933 (Reg.Blatt 1933, 443) abgeändert. Vergl. hierüber Seite 21 dieser Arbeit.

[30]) Brauchitsch: S. 493.

in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875[31]) unter anderem in §§ 1—12 die Festsetzung der bei Bauten einzuhaltenden Fluchtlinien und gibt mit § 12 die Möglichkeit eines ortstatutarischen Bauverbots. Auch das preußische Gesetz gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907[32]) sieht eine Beschränkung der Baufreiheit bis zur Versagung der Bauerlaubnis vor.

Ferner wird nach § 367 Ziff. 15 RStGB. derjenige wegen Uebertretung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, der ohne polizeiliche Genehmigung einen Bau ausführt. Bedeutet also nicht auch das Erfordernis der vor Baubeginn einzuholenden Erlaubnis eine fühlbare Begrenzung freier Bautätigkeit? — Dennoch ist im liberalen Rechtsstaat stets die Baufreiheit und nicht die Baubeschränkung der das Baurecht beherrschende Rechtsgrundsatz geblieben[33]).

2. Die Auffassung der Verwaltungsgerichte.

Auch die Entscheidungen der höchstrichterlichen Verwaltungsrechtsprechung zeigen, wie wenig die Praxis den Gedankengängen des wissenschaftlichen Schrifttums folgte.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit scheidet streng zwischen Interesse und Recht und lehnt eine Ausdehnung des Rechtsschutzes auf die Fälle des in Mitleidenschaft gezogenen „bloßen" Interesses ab. So weißt das preußische Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 30. 4. 1877 die Klage eines Hausbesitzers, der von der Polizeibehörde die Anordnung der Umgestaltung einer Bauanlage auf dem Nachbargrundstück beansprucht, mit der Begründung zurück: „Ein subjektives Recht hierauf hat er aber nicht, und das selbst dann nicht, wenn etwa die einzelne baupolizeiliche Bestimmung — bis zu einem gewissen Grade auch die besonderen Interessen des Nachbarn zu schützen bestimmt sein mag"[34]). Dabei ist hervorzuheben, daß diese Entscheidung erging, obwohl die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die wirklich subjektiven Rechte seinen gesetzlichen Niederschlag erst einige Jahre später in § 63 des preußischen Organisations-Gesetzes vom 26. Juli 1880[35]) fand.

An dieser gemäßigten Auffassung hat das Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten. Es hat die Entscheidung durch

[31]) Brauchitsch: S. 515.
[32]) Brauchitsch: S. 506 ff. - vergl. hiezu auch § 66, I, 8 ALR und Art. 97 württ. Bauordnung.
[33]) Baltz: S. 87.
[34]) OVG 2, 354.
[35]) Später in § 127 des preußischen Landesverwaltungsgesetzes aufgegangen.

eine weitere vom 17. Dezember 1881[36]) erneut bekräftigt, und insbesondere auch auf das Gebiet des Baupolizeirechts[37]) ausgedehnt. — In dieser Beschränkung des rechtlichen Schutzes auf die subjektiven Rechte liegt zugleich auch die Anerkennung dieser Rechte. Nur mißt ihnen das Oberverwaltungsgericht nicht mehr die Bedeutung bei, die ihnen von Seiten der Wissenschaft zuerkannt wird. So sagt etwa die Entscheidung vom 27. November 1919: „Ein jedem Staatsbürger zustehendes allgemeines und unbegrenztes Recht zur Errichtung von Baulichkeiten auf dem eigenen Grundstück gibt es nicht".[38]). Oder die Entscheidung vom 29. April 1926[39]) meint: „Ob die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht überhaupt in diesem Umfange und Zusammenhange zutrifft, in welcher Weise gegebenenfalls der sog. „Rechtsanspruch". . . durchzusetzen wäre, . . . kann hier dahingestellt bleiben". Noch weit mehr jedoch kommt diese in der Praxis der Verwaltungsgerichte geringe Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte in der auffallenden Tatsache zum Ausdruck, daß das Oberverwaltungsgericht es nie unternommen hat, den Begriff zu umschreiben.

Nur der württembergische Verwaltungsgerichtshof versucht in der Entscheidung vom 24. Juni 1925[40]) eine Begriffsbestimmung zu geben. Er bejaht ein subjektives öffentliches Recht dann, „wenn ein zwingender Rechtssatz außer zum Schutze allgemeiner öffentlicher Interessen, auch zum Schutz von Einzelinteressen, und zwar mit der Wirkung bestimmt ist, daß der Einzelne, dessen Interessen der Rechtssatz dient, für seine Person ein bestimmtes Verhalten der öffentlichen Gewalt zu seinen Gunsten verlangen kann, so daß er gewissermaßen der Behörde wie der Gläubiger dem Schuldner gegenübertritt". Auch hier wird zwischen „bloßem" Interesse und Recht klar geschieden[41]). Gerade auch in Württemberg, dessen Verwaltungssystem gegenüber Preußen sonst weitgehende Unterschiede aufweist, bedient sich die Rechtsprechung einer engen Auslegung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte. Ein Rechtsschutz wird nur bei Verletzung subjektiver Rechte gewährt. So z. B. gibt Art. 46[42]) zwar dem Bauenden die Rechtsbeschwerde im Sinn des Art. 13 Verwaltungsrechtspflegegesetz gegen die auf Grund des Art. 46 von der

[36]) OVG 9, 400.
[37]) OVG 14, 378.
[38]) OVG 75, 346.
[39]) In Verwaltungsarchiv 32, 260.
[40]) WüRV 1925, 159. - Auch schon die Entscheidung des VGH in WüRV 1922, 45 kann genannt werden.
[41]) Ueber den Unterschied beider Begriffe siehe etwa VGH in WüRV 1932, 138.
[42]) Art. 46 schreibt die Freilassung eines unüberbauten Hofraumes von möglichst zusammenhängender Fläche vor.

Baupolizeibehörde gestellten Anforderungen, nicht dagegen den im gleichen Baugebiet liegenden nichtbauenden Grundbesitzern. Selbst wenn Art. 46 durch den Bauenden verletzt werden sollte, steht den betroffenen Grundbesitzern kein Anspruch gegen die Baupolizeibehörde zu, wegen dieser Verletzung einzuschreiten. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. 10. 1925 weist in diesem Sinne einen Beschwerdeführer mit der Begründung zurück: „Da sonach ein subjektives Recht des Beschwerdeführers auf Einhaltung der Vorschrift des Art. 46 seitens des Bauenden nicht besteht, so kann in der erteilten Baugenehmigung eine Rechtsverletzung gegen ihn nicht vorliegen." [43]).

In ähnlicher Weise nimmt auch die höchstrichterliche Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts zur Frage der subjektiven öffentlichen Rechte Stellung.

3. Die Verschiedenheit der Auffassung der Wissenschaft und derjenigen von Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß zwischen der herrschenden Meinung des wissenschaftlichen Schrifttums und der Ansicht der verwaltungsrichterlichen Rechtsprechung einschließlich der Gesetzgebung der zuständigen Organe des liberalen Staates unterschieden werden muß. Die Wissenschaft bemüht sich in Ueberspannung liberaler Vorstellungen, den Kreis der subjektiven öffentlichen Rechte auf Kosten der sogenannten objektiven Reflexrechte und der „bloßen" Interessen auszudehnen. Denn nur in der Gewährung von subjektivem, mit Beschwerde- oder Klagemöglichkeit ausgestatteten Rechten glaubt sie den Schutz des Einzelnen gesichert. Auch die liberale Rechtsprechung anerkennt das Vorhandensein subjektiver öffentlicher Rechte, ist aber immerhin bestrebt, den Rechtsschutz auf einen engeren Kreis von wirklichen Rechten zu beschränken.

So verschiedener Auffassung Wissenschaft und Rechtsprechung des liberalen Rechtsstaates gerade in dieser Frage der Zahl wie des inhaltlichen Umfanges subjektiver öffentlicher Rechte sind, so gemeinsam ist doch beiden die Vorstellung, diese öffentlichen Rechte des Einzelnen bejahen und mit Grundsätzen des Liberalismus erklären und rechtfertigen zu müssen.

---

[43]) WüRV 1926, 14. - Aehnliche Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes auch schon in WüRV 1913, 162 und 1924, 90, dann auch in WüRV 1930, 53 und 152; 1931, 5 und neuerdings wieder in WüRV 1933, 75.

II. Die Auseinandersetzung im neuen Staat über die subjektiven öffentlichen Rechte unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts.

§ 3. Der liberale Charakter des Begriffs und seine Ablehnung.

1. Die liberalen Merkmale des Begriffs.

Auch der Liberalismus konnte bei den subjektiven öffentlichen Rechten im Gegensatz zu den subjektiven Privatrechten von der Zugehörigkeit ihrer Träger zum Gemeinwesen nicht gänzlich absehen. So deuten etwa die sogenannten Mitwirkungsrechte unverkennbar auf dieses Eingeordnetsein und Mitarbeiten in einem größeren Rahmen hin. Und doch liegt es schon in der Natur der Lehre vom öffentlichen subjektiven Recht, diese Zugehörigkeit der Träger des Rechts möglichst frei von Bindungen an die Gemeinschaft gestalten zu wollen. Sie verwirklicht damit nichts als den Grundsatz eines liberalen und zugleich individualistischen Freiheitsdranges, der gemäß seiner geschichtlichen Entwicklung sich gegen den Staat als Verkörperung des Gemeinwesens richten muß. Freilich war die Praxis der Verwaltungsgerichte nie in solchem Umfange von diesen Bestrebungen beherrscht. Doch konnte diese Haltung der Rechtsprechung den Gang der Entwicklung vielleicht verlangsamen, nicht aber unterbrechen. So hat denn auch in der Zeit des Weimarer Systems das liberale Rechtsdenken der Wissenschaft in der Frage der subjektiven Rechte wie überhaupt auf allen Gebieten seiner Ueberspitzung erfahren. —

Von dem Begriff ausgehend, wie ihn Bühler geprägt hat, führen hauptsächlich drei Voraussetzungen zur Bejahung subjektiver öffentlicher Rechte:[1]).

a) Die Rechte müssen zwingenden Charakter haben, also das freie Ermessen der Verwaltung ausschließen.

b) Die rechtliche Bestimmung muß über den Schutz des allgemeinen Interessenkreises hinausgehen und den Interessen konkreter Personen

[1]) Bühler: S. 21.

dienen. In streitigen Fällen ist darnach zu entscheiden, wem in Wirklichkeit die Gesetzesvorschrift unmittelbar zustatten kommt.

c) Der objektive Rechtssatz muß ausdrücklich mit der Wirkung erlassen sein, daß die begünstigten Personen sich darauf sollen berufen können wie auf ein Recht. Auf Grund dieses Rechts sollen die Berechtigten vom Staate eine positive oder negative Leistung verlangen können. —

In diesen Voraussetzungen liegen zugleich auch die wesentlichsten liberalen Merkmale des Begriffs begründet.

Liberal ist die Betonung der Schutzbedürftigkeit und Schutzpflicht des um den Einzelnen gezogenen Rechtskreises, dessen Sicherung am ehesten durch ordentliche, weil unabhängige Gerichte gewährleistet schien. Ja, in der letzten Stufe der Ueberspannung liberaler Richtungen wird die Sorge um den Schutz des einzelnen Rechtskreises zur vornehmsten Aufgabe des Staates erklärt. Diese Aufgabe läßt sich nur aus dem unhaltbaren Verhältnis gegenseitigen Mißtrauens und ängstlichen Auf-der-Hut-Seins verstehen. Es ist derselbe furchtsame Geist, der einst auch den Grundsatz der Dreiteilung der Gewalten als die Krönung staatsrechtlicher und rechtsstaatlicher Weisheit pries.

Dieser Schutz wird gewährt, um den Belangen des Einzelnen zu dienen, allerdings auch nur, insofern das in Betracht kommende Interesse in einem konkreten Recht seinen Niederschlag findet[2]). Es ist nachgerade so, als ob oftmals die Belange der Gesamtheit, also das sogenannte öffentliche Interesse nach dem Interesse des Einzelnen ausgerichtet. So hat die durch betrügerische Irreführung oder durch selbstverschuldeten Irrtum getäuschte Polizeibehörde ungeachtet der Rückgriffsansprüche etwaiger Betroffener wohl das Recht wie auch die unverzichtbare Pflicht, den gesetzesmäßigen Zustand durch Aufhebung einer dem Gesetz zuwiderlaufenden Erlaubniserteilung im öffentlichen Interesse nachträglich noch herzustellen[3]). Dieses Recht steht ihr aber nicht schon zu, wenn sich bei nachträglicher Beurteilung der Verhältnisse über die der Erlaubnis zugrundeliegende Lage ein anderes Bild ergibt, und wenn ein Recht auf Erteilung der Polizeierlaubnis bestand[4]). Die Aufhebung einer durch unrichtige Angaben z. B. über die Maße eines geplanten Gebäudes herbeigeführten Bauerlaubnis ist sonach jederzeit möglich, „wenn die richtigen Angaben zu einer Versagung des neu vorgelegten Projektes nach Lage der gesetz-

[2]) Vergl. die in § 2, Nr. 2 dieser Arbeit angeführte Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.
[3]) Fleiner: S. 186, 187; OVG 19, 385.
[4]) Scholtz: II, S. 270.

lichen Bestimmungen hätte führen müssen"[5]). Auch wenn sich die Bauerlaubnis auf andere Weise mit dem zur Zeit der Erteilung geltenden öffentlichen Polizeirecht in Widerspruch setzt, kann in der Regel ihre Zurücknahme erfolgen, nicht jedoch schon, wenn die Polizei feststellt, daß sie sich geirrt hat und daß die Verhältnisse anders zu beurteilen waren.[6]). — Darnach findet also die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses im Wege nachträglicher Aenderung eine Verwaltungsmaßnahme dort ihre Grenze, wo im Interesse des berechtigten Dritten zugleich auch die Grenze der Aenderung von Verfügungen gezogen ist. Es entspricht ganz der liberalen Auffassung vom subjektiven Recht, daß insofern das in Form eines Rechts gekleidete Interesse des einzelnen den Belangen der Gemeinschaft vorgeht.

Liberal ist ferner die mit den subjektiven öffentlichen Rechten verbundene Vorstellung, ihre Träger würden bei Verletzung der Rechte als Gleichberechtigte dem Staat gegenüber auftreten. Die Verwirklichung dieses Strebens kam zwar, vor allem durch die Haltung der Gerichte nicht über Ansätze hinaus, bildet aber gedanklich ein vollgültiges Glied im Gesamtrahmen liberaler Bestrebungen und insbesondere der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht. Der Staat sinkt zu einer Partei herab, die dem Gegner vor Gericht auf gleicher Ebene entgegentritt. Der Einzelne kann vom Staat ein Dulden und Unterlassen oder ein positives Tun verlangen. Entspricht demnach die Ausführung eines Bauvorhabens allen gesetzlichen Anforderungen, so kann auf Grund Art. 1 württbg. BauO der Bauherr nicht nur auf der Duldung, d. h. Nichtbehinderung der Bauausführung durch die Baupolizeibehörde bestehen, sondern auch darauf, daß ihm gemäß Art. 102 die Ausführung der Anlage im Wege eines positiven Bescheides erlaubt wird. Bei ungerechtfertigter Nichterteilung dieser Erlaubnis kann er nach liberaler Auffassung die Baupolizeibehörde durch Erhebung der Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 13. 12. 1876[7]) „zur Rechenschaft ziehen". Liberal ist dabei nicht die Beschwerde- oder Klagemöglichkeit als solche[8]) sondern die Art und Weise sowie der Sinn ihrer Handhabung als reines Machtmittel zur Stärkung der Stellung des dem Staat gegenüber gleichberechtigten Einzelnen. Die Gewährung des Klagerechts wird

[5]) Baltz: S. 145.

[6]) Entscheidung des preuß. Oberverwaltungsgerichts über die Frage der Erstellung einer Bedürfnisanstalt auf öffentlicher Straße in OVG, 24, 350. - Siehe auch OVG 57, 322.

[7]) Reg.Blatt 1876, 493.

[8]) Vergl. hierüber die Ausführungen auf Seite 39/40 und § 10, Ziff. 2 dieser Arbeit.

als stärkstes, zur Sicherung der eigenen Interessen geeignetstes Rechtsmittel angestrebt. Je mehr diese Entwicklung in der Zeit des Weimarer Parteienstaates weiterschreitet, desto tiefer sinkt die in Wirklichkeit überragende Sonderstellung des Staates auf die Ebene des Privatrechts herab. Nur so ist es möglich, daß die herrschende Auffassung der Wissenschaft die subjektiven Rechte des Einzelnen offen als seine Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt betrachtet[9]) oder, daß selbst der württembergische Verwaltungsgerichtshof das zwischen Einzelnem und Behörde vorhandene Rechtsverhältnis mit dem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner vergleicht[10]).

Die Krönung dieses liberalen Entwicklungsganges und die notwendige Folge der ängstlichen Wachsamkeit über die Sicherheit des Einzelnen ist das Auseinanderstreben dieser Einzelnen weg voneinander und weg vom Staat. Um Staat und Individuum bilden sich selbständige Rechtskreise, die sich auf Grund der vielfach entgegengesetzten Interessen zwangsläufig überschneiden. Die Folge dieser Gegensätzlichkeit ist ein immerwährender Kampf des Einzelnen gegen den Staat und umgekehrt, der nach außen durch Beschwerden und Klagen seitens des Einzelnen und durch einschränkende Anordnungen behördlicherseits in Erscheinung tritt. Daher spricht auch Wissenschaft wie Rechtsprechung von den subjektiven öffentlichen Rechten immer als von Rechten des Einzelnen „gegen" den Staat. Diese Gegensätzlichkeit, dieses Auseinanderstreben von Staat und Untertan ist wohl das sichtbarste Zeichen der liberalen Ausrichtung dieser Lehre. Gerade dieses Gegeneinander verleiht den Rechten des Einzelnen erst eigentlich Inhalt und Zweck von subjektiven öffentlichen Rechten und läßt sie in der heutigen Zeit des Grundsatzes des Zueinander und Miteinander so verwerflich erscheinen.

2. Die Ablehnung der subjektiven öffentlichen Rechte.

In einer Zeit entstanden, in der nach den unerquicklichen Erfahrungen des absoluten Polizeistaates die Freiheit des Einzelnen und deren Schutz als höchstes Gut des Untertanen galt, hatten Lehre und Begriff dieser Rechte in jener Zeit des Dualismus zwischen Staat und Volk durchaus Sinn und Wert. Trotz des Uebereifers mancher ungestümen Verfechter liberaler Gedanken hatten sie ihre Aufgabe erfüllt, die Rechtsordnung des 19. Jahrhunderts verwirklichen zu helfen. Doch läßt sich allein aus Verdiensten in der Vergangenheit

[9]) Otto Mayer: S. 104. 107, 108.
[10]) Entscheidung vom 24. Juni 1925 in WüRV 1925, 159.

keine Daseinsberechtigung für die Zukunft ableiten, sofern die geistigen und politischen Voraussetzungen nicht dieselben sind. Als daher mit dem politischen Abschluß der liberalen Entwicklung auch auf geistigem Gebiet der endgültige Durchbruch des nationalsozialistischen Gedankengutes erfolgt war, mußte erneut die Frage der subjektiven öffentlichen Rechte aufgeworfen werden.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß diese Rechte ein Erzeugnis liberalen Geistes sind. Sie stehen damit im Widerspruch zu den Grundsätzen und Grundgesetzen des neuen Staates. Ihre enge Verknüpfung mit Liberalismus und Individualismus einerseits und andererseits der absolute Herrschaftsanspruch der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung machen es letzterer unmöglich, Lehre und Begriff dieser Rechte im hergebrachten Sinn beizubehalten. Folgerichtig und zielbewußt räumt die den neuen Staat tragende Weltanschauung auch mit den Resten liberaler Gedankengänge auf. Im Zuge dieser Entwicklung mußte eines Tages auch die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht fallen, die sich noch in die Anfänge der neuen Zeit hinüberzuretten verstand. Denn in einer Gemeinschaft von Volksgenossen, in der Schicksalsgemeinschaft eines ganzen Volkes können Einrichtungen nicht geduldet werden, die in sich zugleich schon den Keim der Spaltung tragen.

Es sind daher die subjektiven öffentlichen Rechte in ihrer bisherigen Form und Sinngebung abzulehnen. Die Einmütigkeit, mit der die Ablehnung auch im gesamten Schrifttum der heutigen Wissenschaft und Rechtsprechung erfolgt, ist nicht zuletzt ein untrügliches Zeichen für die Schädlichkeit dieses Rechtsgebildes und dafür, daß es in einem nationalsozialistischen Rechts- und Gemeinschaftsstaate zudem auch überflüssig ist.

§ 4. Subjektives Recht allgemein und Bauberechtigung im besonderen im Lichte der neuen Gesetzgebung und Rechtsprechung.

1. Die Ausstattung der Volksgenossen mit Rechten im Bereich der öffentlichen Rechtsordnung.

Von dem liberalen Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ist klar zu scheiden der Begriff des subjektiven Rechts an sich. Eine Ablehnung subjektiver öffentlicher Rechte bedeutet daher nicht auch eine Ablehnung jeglicher Berechtigungen im Gebiet der öffent-

lichen Rechtsordnung. Denn jede für das Zusammenleben von Menschen notwendige Ordnung wird durch ein System von Normen gewährleistet, in dem der Einzelmensch ebensosehr als Träger von Rechten und damit Hüter der Ordnung in Erscheinung treten muß wie der Staat. Ordnung ist nur dort gewahrt, wo Rechtssicherheit herrscht und Sicherheit des Rechts nur dort, wo alle an ihrer Verwirklichung beteiligt sind, Staat wie Einzelner. Kraft dieser Erkenntnis hält die heutige Gesetzgebung an der Ausstattung des Volksgenossen mit Rechten weiterhin dort fest, wo ihr dies im Interesse der Verwirklichung einer wahren Rechtsordnung notwendig erscheint.

Es ist dabei im Grunde unerheblich, ob neue oder übernommene, also beibehaltene Vorschriften zum Nachweis dieser Auffassung des Gesetzgebers herangezogen werden. Denn wenn in einigen Fällen bisher anerkannte Ansprüche offensichtlich beseitigt[11]) oder abgeändert[12]) worden sind, so dürfte in den übrigen durch die Beibehaltung der gesetzlichen Bestimmungen die Bejahung von Rechtsansprüchen umso sicherer anzunehmen sein. Doch bringen gerade auch die neuen Gesetze oftmals ausdrücklich die „rechtliche" Stellung des Einzelnen im öffentlichen Recht zur Geltung.

So lautet Art. 11, Abs. 1 des ergänzten Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg[13]): „Ein Recht eines Einzelnen liegt nur vor, wenn er kraft öffentlichen Rechts ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen von der öffentlichen Gewalt oder von Dritten verlangen kann." — Und in Absatz II wird hinzugefügt: „Auf die Erfüllung der Aufgabe der Verwaltungsbehörden hat der Einzelne nur dann einen Rechtsanspruch, wenn er ihm durch Rechtsvorschrift ausdrücklich gewährt ist." — In dieser Beschränkung öffentlicher Rechte nach Inhalt und Zahl liegt zugleich die grundsätzliche Anerkennung der Daseinsberechtigung öffentlicher Rechte des Einzelnen an sich. Wenn auch der württembergische Entwurf ungeachtet seiner 1935 erfolgten Ergänzung nicht mehr zum Gesetz erhoben wurde, so kann er doch zum Erkennen der heutigen Auffassung des Gesetz-

[11]) So wurde etwa der nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. 6. 1913 bejahte Einbürgerungsanspruch mit Reichsgesetz vom 15. September 1935 (RGBl I, 593) wieder beseitigt.

[12]) An Stelle des einstigen Klagerechts der Gemeinde wird nur noch eine Beschwerde gemäß § 113 Deutsche Gemeindeordnung gegen die Aufsichtsbehörde zugelassen. - Auch wenn es sich in diesem Beispiel nicht um die Durchsetzung einer „persönlichen" Berechtigung handelt, liegt hier doch jedenfalls gegenüber früher eine vom Staat gewollte Abschwächung einer rechtlichen Stellung vor.

[13]) Ergänzungsband, 1936, S. 118. - Bezeichnend für die Entwicklung dieses Entwurfs ist, daß noch in seiner ersten Fassung von 1931 in Absatz I das Wörtchen „nur", sowie Abs. II völlig fehlt.

gebers beitragen. Denn nicht aus sachlichen Gründen blieb er Entwurf, sondern allein, weil inzwischen eine landesrechtliche Regelung des Verwaltungsrechts überholt und damit nicht mehr am Platze war.

Aber auch die geltenden Gesetze anerkennen öffentliche Rechte der Volksgenossen: — So gewährt § 11 Abs. 7 Ausführungsverordnung vom 27. März 1935 zu § 11 Reichsjagdgesetz vom 3. Juli 1934 [14]) einen Anspruch auf Auskehrung des Anteils am Jagderlös. Ferner ist nach § 17 Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 der Einwohner berechtigt [15]), die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Oder es gibt die Bürgereigenschaft eines Volksgenossen diesem nach §§ 19, 20, 22 Deutsche Gemeindeordnung das „Bürgerrecht" in der Gemeinde [16]). Dem Bürger wird eine Möglichkeit zur Durchsetzung seines Anspruchs eingeräumt, die bis zur Klage geht. Denn wird seine Stellung durch Verfügung der Gemeinde beeinträchtigt, so kann er nach Ablehnung des Einspruchs gegen den ablehnenden Bescheid des Bürgermeisters gemäß § 30, Abs. I DGO im Verwaltungsstreitverfahren Klage erheben. Es handelt sich in diesen Fällen der Gemeindeordnung zwar nur um das Verhältnis zwischen Einzelglied und Selbstverwaltungskörperschaft, d. h., mittelbarer Staatsverwaltung, nicht also um das Verhältnis zum Staat unmittelbar. Sie sind aber ebenfalls geeignet, die in der Frage der Anerkennung einer konkreten rechtlichen Stellung des Gemeinschaftsgliedes keineswegs ablehnende Haltung des Gesetzgebers zu beleuchten; mag es sich nun auf Seiten der Gemeinschaft um das Gemeinwesen Staat oder um Verbände handeln, die als Gebietskörperschaften oder hinsichtlich ihrer personellen Zusammensetzung (z. B. berufsständische Organisation) einen engeren Personenkreis umfassen. — Auch das Wehrgesetz vom 21. Mai 1935 [17]) will nicht nur die wirtschaftliche Sicherung der Wehrmachtsangehörigen erreichen, wenn es deren Gebührnisse als „Rechtsanspruch" gegenüber dem Staat bezeichnet, sondern gerade ihre in rechtlicher Hinsicht gesicherte Stellung zum Ausdruck bringen. — Die gleiche Absicht liegt wohl auch dem Reichsbeamtengesetz vom 26. Januar 1937 hinsichtlich der Stellung der Beamten zu Grunde [18]). Zwar

[14]) RGBl. I, 549.

[15]) Gleichermaßen hat z. B. auch nach § 55 DGO der Gemeinderat ein Aeußerungsrecht in der beratenden Sitzung und ist nach § 57, Abs. III „berechtigt", seine „Auffassung zur Niederschrift zu geben".

[16]) Vergl. auch Laforet: S. 52.

[17]) RGBl I, 609; zustimmend auch Heckel: S. 777.

[18]) Vergl. auch Fischbach: S. 840—845.

gibt es im Gegensatz zum Gesetz von 1907[19]) und zum Abänderungsgesetz vom 30. 6. 1933 allen Bestimmungen, die in dieser oder jener Richtung eine Regelung zugunsten der Beamten treffen, eine Fassung, aus welcher eine ausdrückliche Anerkennung subjektiver Rechte nicht zu schließen ist. Selbst auf vermögensrechtlichem Gebiet wird auf eine eindeutige Begründung vermögensrechtlicher Ansprüche der Beamten etwa auf Bezug des Wartegeldes, auf Ruhegehalt, Umzugskosten usw. verzichtet. Doch ist in § 142 DBG ausdrücklich von vermögensrechtlichen Ansprüchen die Rede, so daß also zumindest hinsichtlich dieser Ansprüche, trotz keineswegs zweifelsfreier Fassung die rechtliche Sicherung der Stellung der Beamten zum Ausdruck gebracht werden soll.

2. Die Frage der Bauberechtigung im besonderen.

Auch auf dem Gebiet des Baurechts war in Ermangelung einer reichsrechtlichen Regelung durch die Bauordnungen der einzelnen Länder ein Recht zum Bauen gewährt worden. Diese Bauordnungen blieben auch nach dem politischen Umbruch in Kraft. Unterdessen sind aber mehrfach durch Reichs- und Landesgesetze auf baurechtlichem Gebiet Beschränkungen eingetreten, so daß die Frage begründet erscheint, ob diese Berechtigung zum Bauen auch heute noch bejaht werden darf. — Betrachten wir daraufhin Sinn und Zweck dieser neuen gesetzlichen Maßnahmen!

a) Die für Württemberg erfolgte Aenderung der Bauordnung. — Auf Grund des württembergischen Ermächtigungsgesetzes vom 20. Juni 1933[20]) hat der Gesetzgeber durch das Gesetz über Aenderungen der Bauordnung und der Landesgebührenordnung vom 15. Dezember 1933[21]) den Text des Art. 1 BauO von 1910 wie folgt geändert: „Der Eigentümer oder sonst verfügungsberechtigte hat das Recht, auf seinem Grundstück zu bauen, soweit das Bauen nicht durch die Bestimmungen des Art. 1 a ausgeschlossen oder durch Gesetz beschränkt ist". Der neueingefügte Art. 1 a bestimmt dazu daß die Errichtung von Bauten mit den Vorschriften des Ortsbauplanes, sowie mit der Ortsbausatzung übereinstimmen muß. Durch diesen Vorbehalt zugunsten der örtlichen Satzungen oder gesetzlichen Bestimmungen sichert sich der Gesetzgeber ausdrücklich die Einflußnahme auf die Bautätigkeit und schränkt damit diejenige „Freiheit"

[19]) Neufassung des ersten Beamtengesetzes von 1873.
[20]) Reg.Blatt 1933, 193.
[21]) Reg.Blatt 1933, 443. - Vergl. auch den Wortlaut der Fassung von 1910 auf Seite 10.

des Bauens ein, die bis 1933 als Grundsatz galt. Doch soll dadurch nicht eine Beseitigung des Rechtes an sich herbeigeführt werden. Schließlich spricht er selbst in der gleichen Fassung des Art. 1 BauO ausdrücklich von einem „Recht" zum Bauen; ein Umstand, dem insofern noch besondere Bedeutung beizumessen ist, als damit der Gesetzgeber offensichtlich von der noch 1910 benutzten Bezeichnung „privatrechtliche Befugnis" abweicht. Er will also doch unmißverständlich zum Ausdruck bringen, daß dieses Recht zum Bauen gerade auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts seine Wirkungen hat, allerdings nunmehr im Rahmen eindeutiger Wahrung der Gemeinbelange.

b) Neue Reichsgesetzgebung zur Neugestaltung des Baurechts. — Neben dieser landesrechtlichen Bestimmung hat die Gesetzgebung des Dritten Reiches zur Neugestaltung des zersplitterten deutschen Baurechts eine Reihe einschneidender Beschränkungen gebracht.

Die baurechtliche Neuordnung wird mit dem Gesetz über die Aufschließung von Wohnsiedlungsgebieten vom 22. September 1933 [22]) eingeleitet, obwohl dieses Gesetz mehr die bodenrechtliche Frage der Neuordnung im Wege reichsrechtlicher Planung regelt. Das Gesetz sieht die Erklärung eines Gebietes zum Wohnsiedlungsgebiet und dessen Bebauung nach einem geregelten Wirtschaftsplane vor. Nach Erlaß dieser Erklärung ist die Wirksamkeit jeder Vereinbarung, durch die einem andern ein Recht zur Bebauung des Grundstücks eingeräumt wird, gemäß § 4, Abs. I von der Genehmigung der zuständigen Behörde abhängig. Die Genehmigung bleibt jedoch die Regel. Sie soll nach § 6 nur versagt werden, wenn anzunehmen ist, daß Grundstücke oder Grundstücksteile bebaut werden sollen, und wenn die Bebauung dem Wirtschaftsplane widersprechen würde". Es ist dem Gesetzgeber also offenbar nicht um eine Beseitigung des Rechtes zu tun, sondern lediglich darum, dem gesetzlich vorgesehenen Wirtschaftsplane im Interesse des Volksganzen Geltung zu verschaffen. Diese erst nach der Uebereinstimmung des Bauplanes mit dem behördlichen Wirtschaftsplan erfolgende Genehmigung soll meines Erachtens nicht die Häufigkeit des Bauens einschränken — denn diese Absicht würde der Notwendigkeit der Aufschließung neuer Wohnsiedlungsgebiete gerade widersprechen — sondern der bis dahin mehr oder weniger uneinheitlichen Bauweise eine den Interessen der Gesamtheit dienende Richtung geben.

Es sind die Belange des Volksganzen, die künftig auch im Bauwesen in stärkstem Maße berücksichtigt werden müssen. So ermächtigt

[22]) RGBl I, 659, neugefaßt durch Gesetz vom 27. 9. 38 RGBl I, 1246.

das Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3. Juli 1934[23]) den Reichswirtschaftsminister, bis zur reichsgesetzlichen Regelung des öffentlichen Baurechts im Interesse des deutschen Siedlungswesens einschränkende Maßnahmen zu treffen. Auf Grund dieser Ermächtigung ergingen denn auch einige in verschiedener Hinsicht einengende Verordnungen:

Gemäß § 2 VO vom 5. Juli 1934[24]) kann die Ausführung größerer Wohnungs-, Siedlungs- oder gewerblicher Bauvorhaben untersagt werden, wenn sie den Interessen des Volkes in siedlungs- und wirtschaftspolitischer Hinsicht widersprechen würde. — Nach § 1 VO über die Regelung der Bebauung vom 15. Februar 1936[25]) hat die baupolizeiliche Behörde das Recht, Wohngebiete als Baugebiete auszuweisen und vorzuschreiben, welche Arten von Anlagen in ihnen errichtet werden dürfen und welche nicht. Oder es tritt eine Beschränkung der Baufreiheit dadurch ein, daß z. B. nach der Verordnung über baupolizeiliche Maßnahmen zur Einsparung von Baustoffen vom 30. Juni 1937[26]) aus Gründen der Rohstofflage die baupolizeiliche Genehmigung versagt werden darf. — Ferner kann seit der Verordnung über die Zulässigkeit befristeter Bausperren vom 29. Oktober 1936[27]) gemäß § 1, Abs. I allgemein für Flächen, die nach den geltenden Vorschriften aus Gründen des öffentlichen Wohles in Anspruch genommen werden sollen, von Seiten der Gemeinden eine befristete Bausperre angeordnet werden[28]). Soweit die Ausführung einer Bauanlage dem Zweck der Bausperre entgegenstehen würde, hat nach § 2 die Baupolizeibehörde während der Dauer der Sperre die Genehmigung zu versagen. — Schließlich sind es auch städtebauliche Gründe, die etwa durch die VO über Baugestaltung vom 10. November 1936[29]) oder das Gesetz über die Neugestaltung deutscher Städte vom 4. Oktober 1937[30]) auf die beabsichtigte Gestaltung des Orts, Straßen- oder Landschaftsbildes einzuwirken suchen.

c) Die Bejahung der Bauberechtigung. — Diese die freie Baubetätigung nicht unerheblich einschränkenden Vorschriften gehen auf verkehrs- und wirtschaftspolitische, siedlungs- und ge-

[23]) RGBl I, 568.
[24]) RGBl I, 582.
[25]) RGBl I, 104.
[26]) RGBl I, 728.
[27]) RGBl I, 933.
[28]) Von diesem Recht hat z. B. Stuttgart im Juni 1938 Gebrauch gemacht, indem es zur Sanierung seines östlichen Altstadtgebiets über diesen Stadtteil die Bausperre verhängte.
[29]) RGBl I, 938.
[30]) RGBl I, 1054.

sundheitspolizeiliche oder städtebauliche Erwägungen zurück. Oder sie sind, wie etwa im Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum aus Gründen der Reichsverteidigung vom 24. Januar 1935[31]) durch militärische Notwendigkeiten bedingt. Sie erwecken allerdings den Anschein, als bestehe die etwa für Württemberg in Art. 1 BauO anerkannte Bauberechtigung nicht mehr. Eine nähere Betrachtung der neuen Gesetze läßt jedoch erkennen, daß sie trotz der notwendigen Beschränkungen mannigfacher Art nicht die Beseitigung der Berechtigung als solcher zum Ziele haben. — Zu dieser Folgerung führen nachstehende Ueberlegungen:

Die bereits durchgeführten und noch geplanten Arbeiten am Straßennetz der Autobahnen, an den Großbauten des Staates und der Partei oder den notwendig gewordenen militärischen Befestigungsanlagen, die ungeheuren Bauvorhaben in den neuen Ostmarkgauen des Reiches und nicht zuletzt der gewaltige Aufschwung der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, sowie der privaten Bautätigkeit haben den Staat vor neue, plötzlich drängende Aufgaben gestellt. Die Bauwirtschaft ist seit dem politischen Umbruch in steigendem Maße von ausschlaggebender Bedeutung für die Gesamtwirtschaft[32]) geworden. Die der Bauwirtschaft zugeführte Kapitalmenge beherrscht nicht nur die Industrie der vielartigen Baustoffe und der zu ihrer Herstellung notwendigen Maschinen. Sie beherrschen weite Teile des Maschinenbaues, der Eisen-, Stahl- und Zementerzeugung und der Holzverarbeitung. Wohl kein Hauptzweig der Wirtschaft wird nicht von Art und Umfang der Beschäftigung der Bauwirtschaft mitbestimmt. Dieser ungeahnte Aufschwung des Bauwesens verbunden mit der gleichzeitig von allen Seiten einsetzenden Beanspruchung von Arbeitskräften und Baustoffen hatte Schwierigkeiten aufgedeckt, die allein mit den bisherigen landesrechtlichen Bauordnungen und den wenigen in Einzelgesetzen verstreuten Bauvorschriften nicht mehr zu überwinden waren. So wurde die einheitliche Neugestaltung des nach Ländern und Gemeinden zersplitterten öffentlichen Baurechts im Wege der Reichsgesetzgebung in Angriff genommen. Von dieser noch im Fluß befindlichen Entwicklung hebt sich seit der durch Erlaß des Beauftragten für den Vierjahresplan vom 9. Dezember 1938 erfolgten Berufung des Gene-

[31]) RGBl I, 499 (auch Schutzbereichgesetz genannt) - Gleichzeitig wurde das Gesetz vom 21. 12. 1871 betreffend die Beschränkung des Grundeigentums in der Umgebung der Festungen (RGBl 1871, 459) aufgehoben.

[32]) Nach Angaben des Hauptgeschäftsführers der Wirtschaftsgruppe Bauindustrie, von Obwurzer, sind Bauvorhaben in Höhe von etwa 30 Milliarden RM. angemeldet. - Entnommen aus: „Die Konzessionierung des Baugewerbes" in Stuttgarter Neues Tagblatt vom 16. 12. 1938, Nr. 588, Seite 5.

ralinspektors für das Deutsche Straßenwesen, Dr. Todt, zum Generalbevollmächtigten für die Regelung der Bauwirtschaft schon deutlich die organisatorische Seite dieser Neuordnung ab. Die Ordnung der gesamten Bautätigkeit, auch der privaten, im Wege der einheitlichen Planung aller Bauvorhaben ist damit gesichert.

Diese Entwicklung zeigt nicht nur die überaus große Bedeutung des Bauwesens im heutigen Staat, sondern ebensosehr auch das damit zusammenhängende Interesse des Staates gerade an der Förderung der Bautätigkeit, der privaten wie auch derjenigen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften. Der Staat hat erkannt, daß zur Lösung zahlreicher Aufgaben, etwa solcher bevölkerungspolitischer Art auch die Mithilfe der privaten Bautätigkeit erforderlich ist, denn ihre Förderung ist etwa für die Beseitigung des Wohnungsmangels und der gleichzeitigen Auflockerung der Städte so notwendig wie die Förderung der Tätigkeit gemeinnütziger Wohnungsunternehmen. Nur so ist es zu verstehen, wenn Sparkassen bei Hypotheken auf Neubauten eine Beleihung bis zu 60% des Verkehrswertes vorsehen [33]) oder wenn etwa die Landesversicherungsanstalt Württemberg zur Beseitigung der Wohnungsnot durch Erstellung von Eigenheimen und Kleinsiedlungen niederverzinsliche Darlehen hingibt.

Die private Bautätigkeit wird aber auf die Dauer nur gefördert, wenn ihr trotz aller gesetzlichen Regelung ein genügendes Feld zur „freien" Betätigung überlassen bleibt. Ob es sich sonach um Vorschriften zur technischen Ausführung baulicher Anlagen oder um besonderen volksgemeinschaftlichen Bedürfnissen entsprungene Einschränkungen handelt, stets können sie nur eine schlechtverstandene „Freiheit" des Bauens treffen wollen, nicht das in der Gemeinschaft stehende und von ihr anerkannte „Recht" selbst. Zweck dieser Beschränkungen ist immer nur die Regelung und Ordnung der Bauentwicklung in den dem Gesetzgeber richtig erscheinenden Bahnen. So weist auch Koenig darauf hin, daß in den neuen Gesetzen der polizeirechtliche Einschlag der Beschränkungen mehr und mehr „hinter der Aufgabe des Ordnens und Planens im Sinne der Volksgemeinschaft" [34]) zurücktritt. Und selbst von berufener Seite wird in einer den baldigen Erlaß eines einheitlichen Reichsbaugesetzes ankündigenden grundlegenden Rede [35]) des Reichsarbeitsministers über Fragen der Wohnpolitik und des Städte-

[33]) Vergl. etwa die heute noch geltende Satzung der Kreissparkasse Tübingen vom 1. Juli 1932, S. 28, 29 B, I, Ziff. 4 und 5.

[34]) Koenig: I, S. 119.

[35]) Gehalten auf dem Reichsverbandstag des gemeinnützigen Wohnungswesens in Stuttgart am 4. Juni 1939. - Siehe Aufsatz in Stuttgarter Neues Tagblatt vom 5. Juni 1939, Nr. 255, Seite 7 über: „Einheitliche Baugesetze für das ganze Reich".

baues klar zum Ausdruck gebracht, daß diese Bauvorschriften nicht als Verbote gedacht sind, sondern eine aktive Lenkung und Führung der gesamten Baugestaltung bezwecken.

Dieser Zweck kommt nicht zuletzt auch in den Gesetzen selbst zum Ausdruck. Zum Beispiel ist die Verordnung vom 15. 2. 1936 zur „Regelung" der Bebauung erlassen worden. Oder der Gesetzgeber nennt die Verordnung vom 10. 11. 1936 eine Verordnung über „Baugestaltung" und setzt sich in § 1 derselben zum Ziele, bei den beabsichtigten Bauanlagen darüber zu wachen, ob sie „Ausdruck anständiger Baugesinnung und werkgerechter Durchbildung" sind und ob sie „sich der Umgebung einwandfrei einfügen". In ähnlicher Weise rechtfertigt Art. 1, Abs. I des Gesetzes vom 3. Juli 1934 die vorgesehenen Maßnahmen damit, „das deutsche Siedlungswesen zu überwachen und zu ordnen". Nirgends jedoch ist in der Fassung der Gesetze und Verordnungen von einer Beseitigung des Rechts die Rede.

Lenkung und Führung durch Bindung an baurechtliche Vorschriften stehen dabei der Bejahung einer Bauberechtigung nicht notwendig entgegen. So konnten auch die schon im liberalen Rechtsstaat vorhandenen gesetzlichen Bindungen [36]) weder die Wissenschaft noch die Rechtsprechung jenes Staates hindern, dennoch ein Recht zum Bauen anzuerkennen. Man hatte eben auch damals schon erkannt, daß diese nicht zu umgehenden gesetzlichen Bestimmungen nur der Ordnung und Regelung der Bautätigkeit dienen durften, nicht der Beseitigung des Rechtes zum Bauen. Nach wie vor trägt die Verantwortung für den beabsichtigten und ausgeführten Bau nur der Bauherr, nicht die Baupolizeibehörde. Es entspricht nur dieser Verantwortung, wenn die Baupolizeibehörde den einzelnen Bauantrag nicht nach freiem Ermessen behandeln kann, sondern ausschließlich nach Maßgabe des geltenden Rechts. Der Bauherr hat zwar seinerseits die Bindungen an Gesetz und Recht einzuhalten, besitzt aber über diese Verpflichtung hinaus ausreichenden Spielraum zu persönlicher Gestaltung bei Planung und Ausführung seines Vorhabens. Denn unter Baufreiheit ist „lediglich das Recht des Bauherrn zu verstehen, unter Einhaltung des Rahmens der gegebenen Bestimmungen, einen Bau nach seinen Plänen auszuführen" [37]). Rechtliche Grundlage und Sicherung dieses freien Spielraumes ist für Württemberg Art. 1 der Bauordnung. Diese Berechtigung des Bauherrn entspricht notwendig seiner Verantwortung.

[36]) Vergl. in § 2, Ziff. 1 dieser Arbeit.

[37]) Entscheidung des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 24. 5. 1937 in OVG 100, 263 ff.

Sie ist nicht etwa Selbstzweck, sondern Voraussetzung für die Belebung privater Bautätigkeit.

Es würde dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen sein, dieses Recht zum Bauen aufzuheben. Doch hat er dies weder für das gesamte Reichsgebiet getan, noch etwa für Württemberg, obwohl dort die Neufassung des Art. 1 Gelegenheit zu seiner Beseitigung geboten hätte. Gerade aus dem Umstand, daß die Gesetzgebung des Dritten Reiches von einer Aufhebung Abstand nimmt und ihr Ziel durch bloße Lenkung der Bautätigkeit zu erreichen sucht, folgt zwingend, daß die Berechtigung zum Bauen in Geltung bleiben soll[38]). Der Gesetzgeber selbst sieht ja Versagungen der Bauerlaubnis nur in besonderen Fällen vor. So ist nach Art. 1, Abs. I, Satz 2 württ. Bauordnung die Versagung allein auf Grund polizeilicher Verfügung „nur in dringenden Fällen" gestattet, nach § 2 VO vom 5. Juli 1934 „nur bei größeren Bauvorhaben" oder gemäß §§ 2 VO vom 29. Oktober 1936 und Gesetz vom 4. Oktober 1937 „nur, soweit" die Genehmigungen dem Zweck der Bausperre oder der Durchführung städtebaulicher Maßnahmen entgegenstehen würde. —

Es ist sonach an der Bauberechtigung als dem im Baurecht geltenden Grundsatz festzuhalten. Sie tritt zwar in ihrem tatsächlichen Umfange durch die gesetzlichen Beschränkungen etwas zurück, ist vielleicht zu einem „Recht von untergeordneter Bedeutung" geworden, bleibt aber dennoch „rechtstechnisch klar geregelt"[39]). Mehr will auch Krüger nicht zum Ausdruck bringen, wenn er die Bauberechtigung heute weniger mit einer wirklichen Baufreiheit als mit einer weitgehenden „Gebundenheit des Einzelnen an die Grundsätze einer der Volksgemeinschaft entsprechenden Bauentwicklung"[40]) vergleicht. Denn schließlich findet auch er, daß in dieser Bindung ein „Recht zu bauen" möglich ist. —

§ 5. Die Notwendigkeit einer neuen Begriffsbezeichnung.

1. Neue Sinndeutung der subjektiven Rechte.

Die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht hatte sich, um konkrete Gestalt annehmen zu können, der Bau- und Gewerbefreiheit,

[38]) Dieselbe Folgerung, nur hinsichtlich des in §§ 1, 143 GewO anerkannten Rechts auf Betrieb eines Gewerbes zieht auch das preußische Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 1. 10. 36 (OVG 99, 179).

[39]) Hofacker: II, S. 163. - Dazu auch: Drauß, I, S. 34 und Steimle, S. 28.

[40]) Krüger: S. 184, 185.

der Beamtenrechte und aller übrigen Rechte bedient, die der liberalen Zeit zur Ausgestaltung des Freiheitsbereichs des Einzelnen wichtig schienen. Wo diese Berechtigungen nach geltendem Recht ausdrücklich anerkannt bleiben, kann daher die Ablehnung der Lehre nicht auch eine Ablehnung der ihr zugrundeliegenden Berechtigungen zur Folge haben[41]). Es besteht also etwa das subjektive öffentliche Baurecht der liberalen Zeit für Württemberg als Berechtigung des Art. 1 BauO weiter und in gleicher Weise wohl auch die Berechtigung zum Betrieb eines Gewerbes oder etwa die zur Nutzung der Wasserläufe. Nur der Sinn dieser Berechtigungen hat sich gewandelt. Sie sind gleichsam ihres künstlich angenommenen Charakters als subjektives öffentliches Recht wieder entkleidet und ihrer ursprünglichen Bedeutung zugeführt.

Einst erblickte die Wissenschaft in „einem Ausbau der subjektiven Rechte einen Ausbau des Verwaltungsrechts und damit eine Vervollkommnung des Rechtsstaates“[42]). Heute sind die Berechtigungen öffentlich-rechtlicher Natur zu solchen mehr rechtstechnischer Art herabgesunken. Sie dienen nur noch als ein Mittel von vielen, zur Verwirklichung der Rechtsordnung und -Sicherheit beizutragen. Allerdings ist Sinn dieser Berechtigungen nicht nur, im „Interesse der Ordnung und Gleichmäßigkeit der Verwaltung (Kontinuierlichkeit)“[43]) zu wirken. Darüber hinaus sind sie ebenso auch im Interesse der Einzelnen als Glieder der Volksordnung erforderlich, nicht aber weil dieses Interesse um seiner selbst Willen geschützt werden soll, sondern weil in gewissem Sinn auch „eine Verletzung von Privatinteressen zur Störung der allgemeinen Rechtsordnung führt[44]).

Ich möchte dieses Interesse als das Interesse einer der Gemeinschaft bedingungslos verpflichteten Persönlichkeit bezeichnen. — Dabei ist unter Persönlichkeit derjenige Volksgenosse zu verstehen, der sich freiwillig unter die Bindungen der Gemeinschaft stellt, stets dessen eingedenk, daß er als Einzelmensch nur durch die Gemeinschaft leben kann[45]).

So stark jedoch einerseits ihre Bindung in der Gliedstellung ist, so wichtig ist auf der anderen Seite die Betonung des Wertes und der Bedeutung der Persönlichkeit. Sie wird zum Grundpfeiler

---

[41]) In diesem Sinne ist wohl auch Drauß (I, Seite 34 linke Spalte) zu verstehen, wenn er noch weiterhin für gesetzlich (anerkannte) „subj. öff. Rechte“ eine Lanze bricht.

[42]) Köttgen: S. 202.

[43]) Köhler: S. 226.

[44]) Stuckart: I, S. 163.

[45]) Dietrich: S. 29.

des völkischen Staates und jedes geordneten Gemeinschaftslebens überhaupt [46]). Sie ist also nicht „isolierter Privatmann liberalen Stils“ [47]), wohl aber verantwortliche Persönlichkeit. Ihre Aufgabe ist, im Rahmen der konkreten Gemeinschaftsstellung als Beamter etwa, als Arbeiter, oder Bauer, als Gewerbetreibender oder Bauherr an der Wahrung der rechtlichen Ordnung mitzuarbeiten. Die Lösung dieser verantwortlichen Aufgabe ist jedoch nicht denkbar ohne die Zuerkennung einer gewissen Selbständigkeit [48]) und diese wiederum nur, wenn die Stellung der Persönlichkeit mit den im konkreten Fall erforderlichen Rechten ausgestattet ist. Dem Wesen der Persönlichkeit entsprechend können diese Rechte nun nicht mehr gegen den Staat gerichtet sein. Sie sind vielmehr vom Staat abgeleitet, von ihm bewilligt und darum auch in ihrem jeweiligen Umfang von ihm abhängig. Zwar traf dies mit Ausnahme der Grund- und Freiheitsrechte auch früher nach Ueberwindung der Naturrechtslehre zu, insbesondere in den deutschen Landesverfassungen soweit hier von subjektiven öffentlichen Rechten überhaupt die Rede sein kann. Aber die Art der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche ließ doch zutage treten, wie wenig man sich mehr und mehr dieser Abhängigkeit zu erinnern schien. Es empfiehlt sich daher, grundsätzlich von „Berechtigungen“ zu sprechen. Zwar bedeuten Recht und Berechtigungen vom Einzelnen her betrachtet dasselbe, denn beidemale kommt die rechtliche Stellung der Persönlichkeit immer nur mit und durch den Willen des Gesetzgebers zustande, nie aus eigener Kraft. Aber gerade diese Abhängigkeit vom Staat und seinen Rechtssetzungsorganen, diese abgeleitete Herkunft des subjektiven Rechts wird mit dem Wort „Berechtigung“ erkennbar zum Ausdruck gebracht, mit der Bezeichnung „Recht“ hingegen nicht, da Recht ebensosehr auch als „subjektives“ Recht etwa der Gemeinschaft oder des Staates und damit ursprünglich aufgefaßt werden kann. —

Diese Eigenschaft der Persönlichkeit als Trägerin von Berechtigungen widerspricht durchaus nicht dem Charakter ihrer Gliedstellung. Sie bleibt stets im Rahmen der Gemeinschaft gebunden. Doch wird diese Bindung nicht allein durch gesetzliche Bestimmungen hergestellt, sondern weit mehr durch das Gefühl der Verantwortung und Pflicht der Gemeinschaft gegenüber, das der Persönlichkeit innewohnt. In diesem Sinne sagt auch Swoboda, „Eine Person ist ein

---

[46]) Vergl. hiezu auch die in „Mein Kampf (Seite 493, 497, 500) niedergelegte Auffassung des Führers über die Bedeutung der Persönlichkeit.

[47]) Köttgen: S. 201.

[48]) Aehnlich spricht Forsthoff (S. 45) von der Notwendigkeit eines „persönlichen Handlungsspielraumes“ der Persönlichkeit. - Vergl. hiezu auch Köttgen: S. 200.

Wesen, das nicht nur rechtsfähig ist, sondern wirkliche Rechte, aber auch Pflichten haben muß“ [49]). Die Pflichten schränken die Rechtsstellung der Persönlichkeit nicht ein, sie gehören vielmehr zum Wesen der Person des Rechtsträgers. Diese Verknüpfung von Pflicht und Recht gibt heute dem Begriff der Berechtigung den ihm eigenen Charakter eines Recht-Pflichtbegriffs. Berechtigungen sind nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung „pflichtbestimmte Befugnisse“ [50]), sie tragen ihre Schranken in sich.

Demnach gehören etwa die Bindungen des Eigentums schon zum Wesen des Rechtes am Eigentum und können vom Eigentümer nicht als Beschränkungen empfunden werden. Ebenso bedeuten auch die baurechtlichen Beschränkungen nicht „Eingriff“ in den Rechtskreis des Bauherrn, sondern gehören schon zum Inhalt dieser Berechtigung und „machen ihre wesensmäßige Bindung aus“ [51]).

2. Die Notwendigkeit einer neuen Bezeichnung der öffentlichen Berechtigungen.

Die Lösung der Frage der subjektiven öffentlichen Rechte kann nicht nur in der Ablehnung und Umdeutung des liberalen Charakters subjektiven Rechte bestehen. Dieser Weg ist nur dann möglich, wenn der Liberalismus einen Begriff lediglich verzerrt und formalisiert hatte. Wo aber Begriffe und Rechtssätze ein vom Ganzen unlösbarer Teil der liberalen Theorie sind — und dieser Einwand muß dem Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts entgegengehalten werden — genügt eine Umdeutung nicht mehr [52]). Nur die einzelnen Berechtigungen können hinsichtlich ihres Begriffsinhalts einer Wandlung hin zu starker Gemeinschaftsbezogenheit unterworfen gewesen sein, wie etwa im Falle der Wandlung des Eigentumsbegriffs und demzufolge umgedeutet werden. Die Bezeichnung „subjektives öffentliches Recht“ als solche hingegen kann nicht gut anders aufgefaßt werden als eben individualistisch und liberal [53]).

Wenn also etwa Drautz meint, durch die Ablehnung der liberalen Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht seien „bereits erworbene subjektive öffentliche Rechte nicht beseitigt worden und neue können auf

[49]) Swoboda: S. 101; auch Scheuner, II, S. 82 ff. - Vergl. auch auch Huber, III, S. 211 ff.
[50]) Larenz: I, S. 248.
[51]) Hamel: S. 384. - Vergl. auch Steimle: S. 28.
[52]) Hamel: S. 387. - Vergl. auch Scheuner: II, S. 89, Nr. 4.
[53]) Höhn: II, S. 64.

Grund der bestehenden Gesetze weiterhin verliehen werden“[54]), so bedeutet diese Feststellung eine unnötige Verwirrung der Begriffe. Denn auf Grund seiner eigenen Ausführungen kann er gar nicht den liberalen Begriff dieser Rechte meinen. Er müßte also ordnungsgemäß und zur Vermeidung von Mißverständnissen stets die Erklärung hinzufügen, es handle sich nicht um die „bisherigen“ subjektiven öffentlichen Rechte, sondern um solche „im neuen Sinn“. Dadurch würde aber ein Zustand der Begriffsunsicherheit geschaffen, ein Zustand, der auf die Dauer unhaltbar, weil rechtlich unklar wäre.

Zudem stört die Beibehaltung der seitherigen Bezeichnung den notwendigen Einklang zwischen Begriffsbezeichnung auf der einen Seite und Inhalt wie Sinn des Begriffs auf der anderen. Und schließlich ist es auch der neuen Staats- und Rechtsauffassung unwürdig, sich einer mit dem Liberalismus eng verbundenen Bezeichnung weiter zu bedienen. Der Totalität des nationalsozialistischen Rechtsstrebens sollte es gelingen, zum neuen Geist eines Begriffs auch die neue Form zu fügen. Dann erst wird unter eine liberale Vergangenheit der Schlußstrich gezogen.

Diese Erkenntnis ist es wohl auch, die einen Teil des neueren Schrifttums veranlaßte, nicht nur die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht abzulehnen, sondern auch der trotzdem verbleibenden Tatsache öffentlicher Berechtigungen durch eine neue Bezeichnung dieser selben Rechnung zu tragen. —

§ 6. Der Begriff der Eigenrechte nach Hofacker.

Hofacker[55]) geht in erster Linie von den Gegebenheiten der württembergischen Praxis aus. In dieser hatte sich für die dem Einzelnen zustehenden Rechte die Bezeichnung „Eigenrechte“ durchgesetzt. Doch war dieser Begriff nur als Sammelname gedacht, nicht als Rechtsbegriff; „Eigenrechte schlechtweg“ gab es nicht. Auch war die Frage des Schutzes dieser Eigenrechte für die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht von grundlegender Bedeutung. In den übrigen Teilen des Reiches dagegen, so meint Hofacker, habe die Entwicklung zur Entstehung eines unmäßig aufgeblähten Systems subjektiver öffentlicher Rechte auf Kosten der bloßen Interessen geführt. Die Ursachen dieser Entwicklung erscheinen ihm in der ungenauen Unterscheidung

[54]) Drautz: I, S. 34 (vergl. auch S. 28, Note 41 dieser Arbeit). - So auch Köhler etwa und Koellreutter.

[55]) Hofacker: a) I, Sp. 723—727; b) II, Seite 162.

der Begriffe „Recht und Interesse", sowie in dem irrigen Versuch, das Recht des Einzelnen über die Bedeutung als Sammelbegriff hinweg zu einem „Rechtsbegriff mit materiellem Inhalt zu verselbständigen".

Demgemäß glaubt Hofacker, die richtige Lösung der Frage der subjektiven öffentlichen Rechte in der Berücksichtigung der württembergischen Praxis der Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung suchen zu müssen. So fordert er eine klare Scheidung von Recht und Interesse und eine Herabsetzung der übermäßigen Zahl subjektiver öffentlicher Rechte auf ein erträgliches Maß. Die verbleibenden Rechte sollen mit der für die Praxis so bewährten Generalklausel des Art. 13 württ. Verwaltungsrechtspflegegesetz verbunden werden und Ausgangspunkt einer reichsrechtlichen Regelung sein. — Jedoch kann seinem Vorschlag aus nachstehenden Erwägungen heraus nicht zugestimmt werden.

Zwar trifft es zu, daß sich die Anerkennung bestehender und die Bildung neuer subjektiver öffentlicher Rechte im Rahmen der württembergischen Generalklausel des Art. 13 VRG in durchaus vernünftigen Grenzen gehalten hat[56]). Aber diese Tatsache allein kann nicht genügen, um nach diesem württembergischen Beispiel die Frage der öffentlichen Rechte des Einzelnen zu lösen. Eine Herabsetzung der Zahl der öffentlichen Rechte führt keinen Schritt weiter, wenn es nicht gelingt, zugleich auch den liberalen Geist der Gegensätzlichkeit und Spannung aus ihnen zu bannen. Gerade in diesem Punkt muß aber die von Hofacker vorgeschlagene Regelung nach dem Muster der Eigenrechte versagen, solange an der ausschlaggebenden Bedeutung der für die Rechtsprechung des württembergischen Verwaltungsgerichtshofes maßgeblichen Unterscheidung zwischen Recht und Interesse festgehalten wird. Denn die Verknüpfung des Rechtsschutzes nur mit den wirklichen Rechten steht, — dies wird im Verlauf der Arbeit noch nachzuweisen sein —, dem heute ausschließlich geltenden Grundsatz der Volksgemeinschaft entgegen und ist damit überholt.

Auch in anderer Hinsicht scheinen die Eigenrechte Hofackers sich inhaltlich von den subjektiven öffentlichen Rechten der Vergangenheit nicht so sehr viel zu unterscheiden.

Schon die Bezeichnung „Eigen"rechte läßt eine Vorstellung vermuten, die von individualistischen Gedankengängen wohl schwer zu trennen sein wird. Auch der Wortlaut des Art. 13 VRG, auf den Hofacker zurückgreift, ist nicht gerade geeignet, dieses Bedenken zu zerstreuen. Denn Art. 13 gibt demjenigen gegen Entscheidungen oder

[56]) Auch Maunz (S. 91 c) anerkennt die besondere Mäßigung der württembergischen Rechtsprechung. - Vergl. auch § 2, Ziff. 2 dieser Arbeit.

Verfügungen der Verwaltungsbehörden die Rechtsbeschwerde vor dem Verwaltungsgerichtshof, der „behauptet, daß die ergangene, auf Grund des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei". Bedeutet nicht die Ueberlegung, daß sich jemand in seinem Recht durch den Staat verletzt fühlen darf, eine gefährliche Annäherung an liberalstaatliche Gedankengänge?

Wenn ferner Hofacker die Auffassung vom staatsgerichteten Charakter der subjektiven öffentlichen Rechte als bloße „Erfindung neuerer Gelehrter"[57]) erklärt, so wird damit schlagartig seine Haltung beleuchtet, die eine Verkennung der durch die liberalen Rechte bedingten Gefahren verrät. Diese selbe Haltung liegt auch dem Begriff der Eigenrechte zugrunde.

Geist und Einrichtung des liberalen Gebildes der subjektiven öffentlichen Rechte leben demnach in den Eigenrechten fort. Der Versuch Hofackers, die öffentlichen subjektiven Rechte einfach durch diese württembergischen Eigenrechte zu ersetzen, bedeutet also lediglich einen Austausch der Bezeichnungen und richtet sich damit selbst. —

§ 7. Der Begriff der Rechtsstellung nach Larenz.

Larenz unternimmt es, an Stelle der subjektiven öffentlichen Rechte als Begriff eine neue Bezeichnung zu suchen, die zugleich die gesamte rechtliche Stellung des Einzelgliedes in der Gemeinschaft zusammenfaßt. — So prägt er den neuen Begriff der Rechtsstellung[58]).

1. Das Wesen dieser Rechtsstellung.

Larenz geht davon aus, daß Rechtsfähigkeit nicht mehr bedeutet, Träger von subjektiven Rechten sein zu können, sondern eine Fähigkeit ist, in bestimmten Rechtsstellungen zu stehen. Von dieser Rechtsstellung sagt er, daß sie keine Macht des subjektiven Willens mehr bedeutet, sondern eine Konkretionsweise des objektiven Rechts der Gemeinschaftsordnung. Sie ist keine „Zusammenfassung von subjektiven Rechten", sondern bringt nur die Stellung eines Volksgenossen im objektiven Recht, d. h. seinen „Ort" in der Gemeinschaft zum Ausdruck. Daraus ergibt sich aber, daß sie Pflichten und Rechte umfaßt,

[57]) Hofacker: II, S. 162.
[58]) Larenz: I, S. 240, 244 ff.

vornehmlich aber Pflichten; denn das Bestimmende in ihr ist die Pflicht, neben der möglicherweise eine Berechtigung bejaht werden kann aber nicht muß. Rechte sind immer nur „pflichtbestimmte Befugnisse“ [59]), ein Wollendürfen und Sollen zugleich. Und weil die Rechtsstellung eine Ausdrucksweise des objektiven Rechts ist, dieses aber eine unlösliche Einheit darstellt, kann es nicht eine Rechtsstellung für das öffentliche Recht und eine weitere für das Privatrecht geben, sondern nur eine einheitliche, alle Rechtsgebiete umfassende. Es sind nur Wesensunterschiede möglich. — Handelt es sich dabei um eine Gliedstellung in der Gemeinschaft, dann liegt eine „gebundene“ Rechtsstellung vor, handelt es sich um eine solche im Verhältnis zu anderen Volksgenossen, dann ist eine „nichtgebundene“ oder „gelockerte“ Gliedstellung gegeben [60]).

2. Rechtliche Würdigung.

Larenz stellt die Bedeutungslosigkeit des subjektiven Rechts gegenüber dem objektiven, sowie die enge Verflechtung von Rechten und Pflichten heraus. Er fordert die rechtliche und begriffliche Einheit des objektiven Rechts und folgert hieraus auch die Notwendigkeit einer begrifflichen Zusammenfassung der gesamten Rechtsstellung des Volksgenossen.

a) Die Frage der Einheit des objektiven Rechts.

Larenz gehört jenen Kreisen [61]) des Schrifttums an, die einer Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht entgegentreten. Er verlangt die Beseitigung dieser Trennung mit dem Hinweis, daß sie mit Ausnahme gewisser deutschrechtlicher Ansätze erst eigentlich mit der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland Eingang gefunden hatte, daß die Folge der daraufhin einsetzenden Entwicklung eine Zerreißung beider Rechtsgebiete war und daß die heutige Rechtsentwicklung eine Durchdringung von Gebieten bisher rein privatrechtlicher Natur mit öffentlich-rechtlichen Gedanken und Bindungen eingeleitet habe [62]).

Seinen Folgerungen ist jedoch entgegenzuhalten, daß die „bewegende politische Kraft in diesem Vorgang nicht in der begrifflichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht selber lag, sondern in dem tieferen Gegensatz zwischen dem obrigkeitlichen Staat und

[59]) Larenz: I, S. 248.
[60]) Larenz: I, S. 252.
[61]) Etwa: Eckhardt, S. 23 ff; C. Schmitt, S. 436 ff; Scheuner, I, Sp. 1462 ff; Hamel: S. 387, 388; Huber a) I, S. 145 ff und b) II, S. 310 ff.
[62]) Etwa das Recht der Familie, des Bauern und der Arbeit.

der bürgerlichen Gesellschaft, der sich der alten Begriffsformen bemächtigte"[63]). Die rechtliche Einheit ist zweifellos anzustreben. Wie aber soll sie bei der Vielgestaltigkeit rechtlicher Gebiete erreicht werden? „Einheit des Gemeinschaftsrechts" kann doch nur ideelle Einheit bedeuten, nicht äußere, d. h. hier begriffliche. Im Hinblick auf die Systematik der Wissenschaft und Rechtspraxis ist eine begriffliche Abgrenzung größter Rechtsbereiche wie etwa der des öffentlichen und privaten Rechts unumgänglich. Aus dieser Notwendigkeit zieht schließlich auch Huber die Folgerung: „Zur Gliederung gehört notwendig die Unterscheidung"[64]). Die von ihm angestrebte Dreigliederung[65]) des objektiven Rechts in staatliches und ständisches Recht und in Gemeinrecht vermag jedoch das Ueberschneiden der Rechtsgebiete ebenfalls nicht auszuschalten. Es ist zwar grundsätzlich eine der neuen Entwicklung der Rechtsgebiete Rechnung tragende Neugliederung zu begrüßen. Solange sich aber keine befriedigende Gliederung findet und auch der Gesetzgeber die bisherige Zweiteilung noch weitgehend voraussetzt[66]), dürfte an dieser Gliederung in öffentliches und privates Recht festzuhalten sein. Auch Larenz[67]) spricht schließlich von einer „Rechtsstellung als Gliedstellung der Gemeinschaft und von einer solchen im Verhältnis zu anderen" und kehrt damit zur Gliederung in öffentliches, also ausschließliches Gemeinschaftsrecht und in privates, weil vorwiegend „im Verhältnis zu anderen" angewandtes Recht zurück. — Die geschichtliche Vergangenheit der begrifflichen Trennung des objektiven Rechts beweist zur Genüge, daß die Unterscheidung nicht notwendig eine Entgegensetzung der Rechtsgebiete und damit eine Spaltung der Einheit des Rechts zur Folge haben muß. Oeffentlich und privat sind nur „Seiten desselben Rechts"[68]). Das bedeutet Einheit und Gliederung zugleich; denn die Gliederung des Rechts in öffentliches und privates Recht ordnet nur noch, sie trennt nicht mehr.

b) Würdigung des Vorschlages.

Mit der Beibehaltung einer Zweigliederung des objektiven Rechts kann auch der Larenz'sche Begriff der ausschließlich und unterschiedslos alle Gebiete des objektiven und subjektiven Rechts umfassenden Rechts-

[63]) Huber: II, 313; auch Scheuner, I, 1462 ff.
[64]) Huber: II, 313; Scheuner, I, 1464, I.
[65]) Huber: II, 316; vergl. auch Lange: S. 23.
[66]) Zumal § 13 GVG: Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gilt grundsätzlich für alle „bürgerlichen" Rechtsstreitigkeiten. - Vergl. darüber auch Scheuner, I, 1467.
[67]) Larenz: I, S. 250.
[68]) Hamel: S. 387, 388.

stellung des Einzelnen für die Gegenwart keine Verwendung finden. Die Frage allerdings bleibt dabei offen, ob bei einer weiterschreitenden Verflechtung des öffentlichen und privaten Rechts diese Entwicklung nicht auch zu einer begrifflichen Zusammenfassung der gesamten Rechtsstellung des Volksgenossen drängt. Soweit jedoch der Larenz'sche Begriff objektives und subjektives Recht zusammensehen will, muß er von vornherein abgelehnt werden, da er nicht die der heutigen Bedeutung der Persönlichkeit zukommende „Rechtsstellung" konkret zu gestalten vermag. Denn wenn etwa der Wasseranlieger gegen die behördliche Verletzung seines Nutzungsrechts im Sinne der Wiederherstellung der Rechtsordnung tätig werden will; wenn gegen eine ungerechtfertigte Versagung der Bauerlaubnis der Bauherr mit allen ihm zu Gebote stehenden gesetzlichen Möglichkeiten auf die Erteilung der Erlaubnis drängt, so stützen sich beide eben nicht nur auf das objektiv gesetzte Recht, sondern auf eine aus ihm konkretisierte Berechtigung. Es wurde schon an anderer Stelle nachgewiesen, daß gerade auch der Gesetzgeber sich nicht immer nur mit einer rein objektivrechtlichen Umgrenzung des der Persönlichkeit zuerkannten Spielraumes begnügt. Auch Larenz kann schließlich nicht umhin, auf Grund der „objektiv" gedachten sogenannten „Rechtsstellung" selbst wieder daraus sich ergebende „Rechte" anzunehmen, wenn er etwa vom Eigentumsrecht des Bauern am Erbhof oder den „Befugnissen des Vaters aus der elterlichen Gewalt: dem Recht, das Kind zu erziehen, seinen Aufenthalt zu bestimmen, seine Herausgabe von Dritten zu verlangen"[69] spricht. Es gehören nun einmal zur Erfüllung der ihr im Leben der Gemeinschaft zufallenden Aufgaben auch selbständige, vom objektiven Recht klar abgegrenzte Berechtigungen, sei es im unmittelbaren Verhältnis zu anderen Volksgenossen, also auf der Ebene des „Privat"rechts, sei es im Verhältnis zu den die größere Gemeinschaft vertretenden Organen des Staates, also im „öffentlichen" Recht.

Freilich tritt, wie auch Larenz mit Recht hervorhebt, auf der Kehrseite dieser Rechtsstellung der Persönlichkeit eine zumindest ebenso bedeutungvolle Pflichtenstellung hinzu. Wird jedoch unter Pflicht nicht nur eine der Berechtigung innewohnende, sondern eine ihr gegenüber selbständige, gesetzlich festgelegte Verpflichtung verstanden, so können Rechtsstellung und Pflichtstellung nicht als eins gesetzt werden[70]. Denn nicht immer treffen Pflichten und Rechte so eng zusammen wie etwa im Falle des Wehrverhältnisses, das zugleich Rechts- und Pflichtverhältnis ist. Die Bauberechtigung etwa bedeutet nicht auch

[69]) Larenz I, S. 246.

[70]) Vergl. hiezu auch Weidemann: S. 310; sowie auch Seite 30 dieser Arbeit.

eine gesetzliche Verpflichtung zum Bauen und andererseits die Luftschutzpflicht nicht etwa darum schon eine Luftschutz-„berechtigung", weder auf aktive Teilnahme am Luftschutzdienst noch auf tatsächlichen Schutz. Wie öffentliche und private Rechte, objektive Rechtsstellung und subjektive Berechtigungen, so sind auch Rechte und Pflichten Seiten der gesamten Stellung der Persönlichkeit. Ihre „Rechtsstellung" bleibt eine von den Pflichten wie auch vom objektiven Recht gesonderte Stellung und hat sonach mit dem von Larenz gebildeten Begriff sehr wenig mehr gemeinsam.

§ 8. Die Berechtigung als persönliche öffentliche Berechtigung.

Neben den Vorschlägen von Hofacker und Larenz finden sich im neueren Schrifttum noch weitere Versuche, die Gesamtheit der öffentlichen Berechtigungen durch einen gemeinsamen Begriff darzustellen. Wenn in der Folge auch sie einer kurzen Würdigung unterzogen werden, so geschieht dies aus der Erkenntnis, daß eben die Berechtigung des Begriffs auch heute noch unentbehrlich und darum von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist. —

Dannbeck kommt zu dem Ergebnis, statt von Grundrechten besser noch von „Rechten der Freiheit der Gemeinschaftspersönlichkeit" zu sprechen [71]). Tatarin-Tarnheyden weist einen erheblichen Teil der subjektiven Rechte dem Gebiet der Reflexrechte zu und nennt die übrigen Berechtigungen „nationale persönliche Rechtsgüter" öffentlichrechtlichen Charakters [72]). Solche Rechte sind nach seiner Meinung etwa die Freiheit des künstlerischen und wirtschaftlichen Schaffens, die religiöse Gewissensfreiheit, die Beamtenrechte. Laforet schließlich sucht den neuen Inhalt der rechtlichen Stellung der Persönlichkeit durch Zuerkennung von „Rechtsansprüchen im Sinne des Gemeinschaftsrechts" auszudrücken [73]).

Diese Bezeichnungen sind aber, so sehr die ihnen zugrundeliegenden Ausführungen der heutigen Rechtsentwicklung gerecht werden mögen, als allgemeingültige Begriffsbezeichnungen durchaus ungeeignet. Sie tragen den Erfordernissen jeder begrifflichen Formulierung, die nur das Typische ihres Gegenstandes, dieses aber zutreffend auszudrücken sucht, keine Rechnung. Sie enthalten teils nur Selbstverständlichkeiten

[71]) Dannbeck: S. 433.
[72]) Tatarin-Tarnheyden: I, S. 152, 153 ff; II, S. 353, Nr. 3 u. S. 354.
[73]) Laforet: S. 48.

und sind insofern überflüssig; dabei ist selbstverständlich, was schon so sehr Allgemeingut eines Volkes und einer Wissenschaft wurde, daß es einer ausdrücklichen Erwähnung nicht mehr bedarf.

Ueberflüssig ist darum, den Grundsatz des Gemeinschaftsdenkens auch noch in dem die öffentlichen Berechtigungen verkörpernden Begriff zu verankern, also etwa vom Recht der Freiheit der „Gemeinschafts"-persönlichkeit oder von Rechtsansprüchen im Sinne des „Gemeinschafts-rechts zu sprechen. Die dem nationalsozialistischen Rechtsbegriff innewohnende Kraft bürgt auch ohne schriftliche oder begriffliche „Sicherheitsleistung" für stete Berücksichtigung des Gemeinschaftsgedankens. Ueberflüssig ist auch, wenn Tatarin-Tarnheyden die Berechtigungen der Persönlichkeit „nationale" persönliche Rechtsgüter nennt. Denn sollte damit nur ihr nationaler Charakter bezeichnet sein, so liegt eben darin die Selbstverständlichkeit, da es für nationale Völker andere als nationale Rechtsgüter überhaupt nicht gibt. Soll aber der Begriff von der volkhaften Bindung dieser Berechtigungen Zeugnis geben, so würde es wahrlich weit besser sein, von „völkischen" persönlichen Rechtsgütern zu sprechen.

Es ist ferner unverständlich, warum von Rechtsansprüchen oder Rechtsgütern die Rede ist und warum selbst diese Bezeichnungen noch durch Zusätze wie „im Sinne des Gemeinschaftsrechts" gleichsam umschrieben werden müssen. — Diese „Abschwächungen" des Rechtsbegriffs lassen sich zwar als Rückschlag auf die liberalstaatliche Ueberbewertung des subjektiven Rechts auf dem Gebiet des öffentlichen wie des privaten Rechts erklären, müssen aber eben darum als Erscheinungen der Uebergangszeit überwunden werden. Sollte es nicht möglich sein, eindeutig und offen im Rahmen der gesamten Rechtsordnung von Berechtigungen zu sprechen, ohne mit diesem Begriff sogleich liberale Vorstellungen zu verknüpfen? Denn Berechtigungen gab es schon immer, seitdem die Völker nach Ordnungen leben. Mögen sie auch im öffentlichen Recht nicht immer im selben Maße hervorgetreten sein, wie etwa zur Zeit des Liberalismus in Form der subjektiven öffentlichen Rechte. Denn wenn im Polizeistaat des absoluten Herrschertums zwar auf dem Gebiete hoheitlicher Betätigung für Berechtigungen kein Raum war, so gewährte doch auch dieser Staat infolge der sog. Fiskuslehre dem Untertanen wenigstens in vermögensrechtlicher Hinsicht eine gewisse rechtliche Stellung.

Das Wirkungsgebiet dieser Berechtigungen, ob nun Bauberechtigung oder etwa Berechtigung zum Betrieb eines Gewerbes, ist das öffentliche Recht. Es ist das Gebiet des ausgesprochenen Gemeinschaftsrechts, in dem sich die hoheitlichen Handlungen mit der Rechts-

stellung der einzelnen Persönlichkeit berühren. Träger dieser öffentlichen Berechtigungen ist künftig der Einzelmensch als Glied des Volkes, d. h. als Persönlichkeit[74]); nicht mehr als individuelles Subjekt liberalstaatlicher Prägung, das zwar nicht gänzlich aus der Gemeinschaft herausgelöst war, aber doch seine Zugehörigkeit zum Gemeinwesen vornehmlich von seinem Blickfeld aus betrachtete. Zwar ist äußerlich die Person dieses Rechtsträgers dieselbe geblieben, ihr Wesen aber hat sich grundlegend gewandelt. Mit dieser Wandlung im Wesen des Rechtssubjekts wird auch das Wesen der Berechtigung wieder seiner ursprünglichen Bedeutung zugeführt. Was liegt näher, als daß im Begriff der öffentlichen Berechtigung gerade diese grundsätzliche Wandlung ihren Ausdruck findet? Diese Berechtigungen sind öffentliche Berechtigungen und zugleich Berechtigungen des Einzelnen als Persönlichkeiten. Warum also sollten sie nicht „persönliche öffentliche Berechtigungen" genannt werden? — Auch Tatarin-Tarnheyden spricht schließlich von nationalen „persönlichen" Rechtsgütern und Dannbeck von Rechten der Freiheit der Gemeinschafts-„persönlichkeit". —

Dieser Begriff der persönlichen Berechtigung im besonderen bezeichnet eine rechtliche Stellung seines Trägers in der Gemeinschaft, die „konkret auf die Person, die Leistungen und die Eigenschaften einer Persönlichkeit zugeschnitten" ist[75]). Die persönliche Berechtigung erhält damit den ihr im Bereich des öffentlichen Rechts eigenen höchstpersönlichen Charakter. Sie bleibt in der Regel an die Person ihres Trägers gebunden. Allenfalls ist eine Rechtsnachfolge in sie möglich; denn die z. B. dem Bauherrn erteilte Erlaubnis wirkt, da die Frage ihrer Erteilung in sachlicher Hinsicht geprüft wurde, auch gegenüber dem Rechtsnachfolger im Grundstückseigentum. Hingegen scheidet die Möglichkeit einer Uebertragung im Sinne des bürgerlichen Rechts aus. Die persönliche Berechtigung ist kein Gegenstand, das den Träger beliebig wechseln kann, die Bauberechtigung sowie der Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis keine Ware, auf die verzichtet oder die jedem Interessenten abgetreten werden kann.

Der Begriff der persönlichen öffentlichen Berechtigung unterscheidet sich trotz der Aehnlichkeit der Bezeichnungen inhaltlich sehr wesentlich vom Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts. Nicht zuletzt liegt diese Unterscheidung auch darin begründet, daß die persönliche Berechtigung vom Rechtsmittel der Klage losgelöst ist — das werden die folgenden Ausführungen noch ergeben —, während mit der An-

[74]) Vergl. meine Ausführungen über die Bedeutung der Persönlichkeit auf S. 28—30.
[75]) Scheuner: II, S. 97; Köhler: S. 232 ff; 238 ff. - Vergl. auch Maunz: S. 106 ff.

erkennung subjektiver öffentlicher Rechte grundsätzlich zugleich auch die Gewährung eines verstärkten Rechtsschutzes verbunden war. Die Inanspruchnahme rechtlichen Schutzes ist nicht mehr vom Nachweis einer Berechtigung abhängig. Auch der nur mit einem tatsächlichen Interesse sich ausweisende Nachbar kann vor dem Verwaltungsgericht Berücksichtigung seiner Gliedstellung finden, wenn es das Interesse der Volksgemeinschaft gebietet. — Aus diesem Grunde sind bedenkenlos auch die sogenannten Beamtenrechte oder etwa die Berechtigungen der Reichsbürger zu politischer Mitarbeit[76]) persönliche Berechtigungen, obwohl ihnen die Möglichkeit zur klageweisen Durchsetzung der Ansprüche nicht gegeben ist.

§ 9. Persönliche Berechtigung und sogenannte Reflexrechte.

Wie die subjektiven öffentlichen Rechte den Geist der liberalen Rechtsauffassung in sich tragen, so ist auch der Begriff der Reflexrechte ein ausgesprochenes Erzeugnis jener liberalen Zeit. Was nicht subjektives öffentliches Recht, aber auch nicht bloßes Interesse war, weil es seinem Träger immerhin eine gewisse Rechtsstellung verschaffte, wurde als Reflexrecht bezeichnet. Gradmesser für Prüfung und Zuteilung war dabei meist die Tatsache und Frage, ob die rechtliche Stellung mit dem Rechtsmittel der Klage ausgestattet war oder nicht. Nach diesem Verfahren wurde darum auch etwa das Recht des Art. 111 Weimarer Reichsverfassung auf Freizügigkeit allgemein nur als Reflexrecht bezeichnet, das Recht zum Bauen oder zum Betrieb eines Gewerbes hingegen als subjektives öffentliches Recht.

Diese Ausstattung mit der Klagemöglichkeit wurde zwar nicht Wesensmerkmal der subjektiven öffentlichen Rechte, aber dennoch meist vorausgesetzt. So sagt Bühler[77]) unter Hinweis auf die bürgerlichrechtliche Klage, daß auch innerhalb des dem öffentlichen Recht eigentümlichen Obrigkeitsverhältnisses dem Einzelnen eine diesem subjektiven Privatrecht ähnliche Stellung eingeräumt werden muß, wenn überhaupt von subjektiven öffentlichen Rechten die Rede sein soll. Der Staat war unmittelbar dem Träger dieser Rechte gegenüber verpflichtet. Bei „Reflexen des objektiven Rechts" hingegen trat diese Bindung des Staates nicht ein. Der Schutz, den diese Reflexrechte ihrem Träger

[76]) Etwa das Stimmrecht in politischen Angelegenheiten gemäß § 3 der 1. VO zum Reichsbürgergesetz vom 15. Sept. 1935.
[77]) Bühler: S. 13.

gewährten, bestand lediglich darin, daß dieser mit der selbstverständlichen Bindung des Staates an das Gesetz, gleichsam mit dessen Pflicht- und Verantwortungsgefühl rechnen durfte. Irgendwelche Einflußnahme auf dessen Handlungen war ihm nicht gestattet, so daß sich dieser Schutz theoretisch erheblich schwächer gestaltete als der Schutz, den die subjektiven öffentlichen Rechte ihrem Träger sicherten. Praktisch allerdings änderte sich trotz dieser Abstufung von subjektivem Recht und Reflexrecht auch im liberalen Rechtsstaat nicht so sehr viel, da die Eingriffsmöglichkeiten des Staates genau dieselben geblieben waren und auch bei subjektiven öffentlichen Rechten sich der Schutz nicht immer wirksam gestaltet hatte[78]).

Mit der Beseitigung der subjektiven öffentlichen Reste sind aber auch die Reflexrechte als besondere Berechtigungen abzulehnen. Diese Ablehnung erfolgt, wie die Ablehnung der subjektiven Rechte im Grunde nicht erst seit heute. Schon Fleiner bemüht sich zur Zeit der individualistischen Rechtsauffassung vergeblich, die Grenze zwischen dem subjektiven öffentlichen Recht und den „Normen bloß objektiven Rechts" (Reflexrechten) zu finden, muß aber seine Untersuchungen mit dem Eingeständnis schließen: „Subjektives Recht und Reflex objektiven Rechts unterscheiden sich durch kein äußeres Merkmal"[79]). — Nur Tatarin-Tarnheyden[80]) weist immer noch einen Teil der ehemaligen subjektiven öffentlichen Rechte in das Gebiet der Reflexrechte und hält damit offenbar an der bisherigen Unterscheidung fest.

Die rechtliche Stellung der Persönlichkeit setzt sich neben den Pflichten auf der einen Seite, aus Berechtigungen und gleichsam aus tatsächlichen Interessen auf der anderen Seite zusammen. Obwohl diese Interessen keinen Anspruch auf Rechtsschutz gewähren, sind sie doch nicht den Reflexrechten gleichzusetzen. Denn während den Reflexrechten kein rechtlicher Schutz eingeräumt war, finden heute nicht nur die wirklichen Berechtigungen seitens der Verwaltungsbehörde Berücksichtigung, sondern auch schon die tatsächlichen Interessen, wenn sie rechtserheblicher Natur sind und vom Standpunkt der Volksgemeinschaft Berücksichtigung erheischen. So stellt z. B. die Entscheidung des württembergischen Verwaltungsgerichtshofes vom 2. Mai 1934[81]) fest, daß Art. 95 BauO den Eigentümern der Nachbargrundstücke zwar „keinen Rechtsanspruch auf Schutz ihrer Belange in baupolizei-

[78]) Vergl. auch Koellreutter in der Besprechung der Entscheidung des preuß. OVG vom 29. 4. 1926 in Verw.Arch. 32, 260.
[79]) Fleiner: S. 159.
[80]) Tatarin-Tarnheyden: II, S. 353.
[81]) In WüRV 1935, S. 89 ff, vor allem S. 91 rechts.

lichen Verfahren gibt", ihnen aber doch einen tatsächlichen Schutz gewährt, „der sich für sie aus der sachgemäßen Anwendung und Erfüllung der Vorschriften des Art. 95 im einzelnen Fall durch die zuständige Baupolizeibehörde, ergibt".

Sonach ist die Gewährung eines gerichtlichen Schutzes nicht mehr allein an das Vorhandensein von Berechtigungen persönlicher Art gebunden. Damit entfällt die bisherige Abgrenzung zu den subjektiven öffentlichen Rechten, also auch die Notwendigkeit, den Begriff der Reflexrechte als selbständiges Rechtsgebilde aufrechtzuerhalten [82]). —

§ 10. Die Bauberechtigung als persönliche öffentliche Berechtigung.

1. Der öffentlich-rechtliche Ursprung der Bauberechtigung.

Der Eigentümer eines Baugrundstücks hat, da der Boden eine Sache im Sinne des § 90 BGB ist, gemäß § 903 BGB das Recht, mit seinem Boden, d. h. seinem Bauplatz „nach Belieben" zu verfahren, also auch auf ihm zu bauen. Diese Befugnis gilt jedoch nur im Rahmen des Privatrechts, nur gegenüber gleichberechtigten anderen. Die „Berechtigung zum Bauen", die einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis in sich schließt, deckt sich nicht mit dieser bürgerlich-rechtlichen Befugnis [83]).

Wohl geht das öffentliche Baurecht entwicklungsgeschichtlich auf das Privatrecht zurück. Aber schließlich stand dieses zeitlich ältere Privatrecht auch der Herausbildung eines selbständigen öffentlichen Rechts nicht entgegen. Die Entwicklung aus dem Privatrecht kann darum ebensowenig hindern, das öffentliche Baurecht als einen Teil dieses gesamten öffentlichen Rechts zur ausschließlichen Rechtsquelle der Bauberechtigung zu erklären, selbst wenn vorderhand noch einzelne Bestimmungen dieses Baurechts in privatrechtlichen Gesetzen enthalten sind [84]).

Es trifft also die Auffassung etwa von Haeffner-Burger nicht zu, daß die württembergische Bauordnung „auf der aus dem Eigentumsrecht oder einem sonstigen Privatrechtstitel fließenden Befugnis des Grundstücksbesitzers" fußt und daß die Vorschriften der Bauordnung nur „vermöge ihres öffentlich-rechtlichen Charakters Rechts-

[82]) Auch Scheuner (II, S. 82 ff) lehnt besondere Reflexrechte ab. — Wohl auch Laforet, denn er meint: „Man spricht hier ungenau von sog. Reflexrechten" (S. 58).
[83]) So auch Bühler: S. 330; a. A. etwa OVG 2, 354.
[84]) So die nachbarrechtlichen Bestimmungen der §§ 906 ff BGB.

beziehungen zwischen dem Staat (Gemeinde) einerseits und dem Bauenden oder den beteiligten Nachbarn andererseits“[85]) schaffen. Dieses umständliche Verfahren deckte sich zwar einst mit den Ueberlegungen des württembergischen Gesetzgebers, steht heute aber der herrschenden Auffassung entgegen. Unterdessen hat auch die württembergische Gesetzgebung bei Neufassung des Art. 1 Bauordnung am 15. Dezember 1933 die Worte „privatrechtliche Befugnis“ durch die Bezeichnung „Recht“ ersetzt und damit wohl eindeutig die Aenderung ihrer Ansicht zur Kenntnis gebracht[86]).

Die Bauberechtigung ist also nicht eine privatrechtliche Befugnis, die auf das Gebiet des öffentlichen Rechts nur ausstrahlt, die also nur in einem beschränkten Maße öffentlich-rechtlichen Charakter trägt. Sie hängt zwar mit dem Privatrecht insofern zusammen als der Boden zugleich auch Gegenstand des dinglichen Rechtes aus § 903 BGB ist, ist im übrigen aber eine aus dem öffentlichen Baurecht als ursprüngliche Rechtsquelle entsprungene selbständige öffentliche Berechtigung.

2. Die Bedeutung der neueren Rechtsprechung zumal des sächsischen Oberverwaltungsgerichts für den Persönlichkeitscharakter der Bauberechtigung.

Diese öffentliche Berechtigung zum Bauen steht dem Bauherrn zu in seiner Eigenschaft als Glied der Gemeinschaft, nicht als abgesondertes Individuum. Der Bauherr als individuelles Rechtssubjekt ist gleichsam ersetzt durch den Bauherrn als Rechtspersönlichkeit. Aus dem Wesen dieser Persönlichkeit[87]) als Rechtsträger ergibt sich daß die Bauberechtigung zugleich auch die Verpflichtung des Bauherrn enthält, den beabsichtigten Bau so ausführen zu lassen, daß er nicht den Grundsätzen der Gemeinschaft widerspricht. Dabei wird die in dieser Verpflichtung enthaltene Bindung künftig nicht allein mehr eine Frage der Moral sein und damit ihre Nichtbeachtung nicht mehr wesentlich im Ermessen des Berechtigten bleiben. Sie kann auch ohne im Einzelfall ausdrücklich in Gesetzesform niedergelegt zu sein, sich zu einer Bindung rechtlicher Art gestalten, überall dort eben, wo ihre Nichtbeachtung dem alles überschattenden Gedanken der Volksgemeinschaft entgegensteht. Hierin unterscheidet sich die Persönlichkeit grundsätzlich vom Individuum der liberalen Zeit. Auch im bürgerlichen Rechtsstaat durfte ein geplanter Bau, der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften des Reichs- oder Landesrechtes sowie örtlicher Bestimmungen der Baubehörden widersprach,

[85]) Haeffner-Burger: S. 2, Nr. 1 zu Art. 1 BauO.
[86]) Vergl. die Fassung im Gesetz von 1910, (RegBlatt 1910, 333).
[87]) Ueber Wesen und Bedeutung der Persönlichkeit siehe S. 28—30 der Arbeit.

nicht ausgeführt werden. Auch damals war also das sogenannte subjektive öffentliche Recht zum Bauen nicht unbeschränkt. Aber der Bauherr kannte Beschränkungen seines Rechtes nur, soweit sie ihm durch positive Vorschriften kundgetan waren, darüber hinaus baute er wirklich frei.

Die Baupolizeibehörde erlaubte darum auch die Ausführung einer Bauanlage, die sichtlich den Belangen Dritter, zumal der Nachbarn schadete, sofern der Ausführung irgendwelche gesetzlichen Vorschriften nicht entgegenstanden. Der betroffene Dritte hatte meist keine Möglichkeit zur Abwehr dieser Schäden, da eine formelle Beschwerde oder gar Klage davon abhängig war, ob er ein wirkliches Recht besaß oder nicht[88]). Auf dieser Grundlage wurden auch in neuerer Zeit noch Widersprüche der Betroffenen von den Verwaltungsbehörden zurückgewiesen. Erst die grundlegende Entscheidung des 1. Senats des sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 18. Januar 1935 tritt dieser Auffassung entgegen. Ihr lag eine Klage verschiedener Nachbarn zugrunde, die sich wegen Erteilung einer Bauerlaubnis beschwerdeführend an die Verwaltungsbehörde gewandt hatten, mit der Behauptung, der an ihrer hinteren Grundstücksgrenze durch den Bauherrn geplante Bau würde ihren in nächster Nähe stehenden Gebäuden Licht und Luft entziehen. Die Behörde hatte die auf Zurücknahme der Erlaubnis gerichtete Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Bau allen Vorschriften entspreche und ein Recht der Nachbarn nicht verletzt sei. Die daraufhin vor dem Oberverwaltungsgericht erhobene Anfechtungsklage erreichte die Aufhebung der Vorentscheidung der Behörde. Das Gericht stellte dabei fest: „Oberster Grundsatz des Baurechtes ist: Ein Bau darf die Volksgemeinschaft nicht schädigen. Da die Volksgemeinschaft wesentlich mit auf dem Frieden des Zusammenlebens beruht, können auch solche Bauten nicht zugelassen werden, die einzelne so erheblich schädigen würden, daß dadurch der Gemeinschaftsfrieden gestört werden würde“ [89]). Der Verwaltungsbehörde war es ausschließlich darauf angekommen, die Uebereinstimmung mit den positiven Gesetzesvorschriften nachzuprüfen und festzustellen. Sie hatte also nach dem überholten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gehandelt. Eben darum wurde ihre Entscheidung aufgehoben, da nur mehr die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsmaßnahme als Grundsatz gelten kann. Denn rechtens sind heute nicht schon diejenigen Hand-

[88]) Baltz: S. 151: Scholz: I, S. 214, Note 14, Satz 1 - württ. VGH in Amtsbl. d. M. J. 1883, 216 und 1890, 117. - Dazu auch die in § 2, Ziff. 2 der Arbeit angeführten Beispiele richterlicher Entscheidungen.

[89]) Sächs. OVG in Jahrbücher des Sächs. OVG, Bd. 39, Seite 2, Ziff. 6, Abs. 1.

lungen des Staates sowie seiner einzelnen Glieder, die dem positiven Gesetz nicht gerade widersprechen. Recht ist nur noch, was positiv dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Seinem Willen entspricht jedoch nur, was zugleich auch der über den Gesetzen stehenden Rechtsidee und damit dem Grundsatz der Volksgemeinschaft Rechnung trägt.

Aus dieser veränderten Rechtsauffassung ergibt sich notwendig, wie auch das sächs. OVG. erkennt, daß die nach § 73 sächs. WRG vorgesehene Anfechtungsklage nicht mehr ausschließlich den Schutz subjektiver Rechte zum Gegenstand haben kann. Das Rechtsmittel der Anfechtungsklage hat allein der Sicherung des Rechts durch Sicherung der Volksgemeinschaft zu dienen, das heißt konkret, daß eine Unterscheidung von Recht und Interesse nicht mehr in dem Sinne erfolgen darf, daß die Vorteile des Rechtsschutzes auch ferner nur den wirklichen Berechtigungen vorbehalten bleiben sollen. Hierin liegt gerade, wie schon an anderer Stelle [90]) hervorgehoben wurde, der grundsätzliche Unterschied zu Hofackers Auffassung. Künftig werden also nicht mehr rein schematisch Recht und schwächeres Recht, oder Recht und Interesse gegenübergestellt, d. h. die rechtlichen Machtverhältnisse gegeneinander abgewogen. Oberste Frage wird vielmehr sein, ob es der Sicherung der Volksgemeinschaft entgegensteht, wenn auf Kosten eines mit bloßem Interesse ausgestatteten Dritten der Bauberechtigung des Bauherrn entsprochen wird. Der Gemeinschaftsfriede kann im Einzelfall schon dann gestört sein, wenn durch die Ausführung der Bauanlage diesem Dritten besonders erhebliche Nachteile entstehen würden, obwohl der geplante Bau allen vorhandenen Gesetzen entspricht. Dabei wird zumeist darnach zu entscheiden sein, ob es sich um nicht zumutbare Nachteile handelt. Denn nicht jeder erhebliche Nachteil, z. B. das Verbauen der Aussicht soll dem Betroffenen die Möglichkeit des Rechtsweges eröffnen.

An dieser Auffassung hat die Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts auch in einer sich mit der Frage der Gewerbefreiheit befassenden Entscheidung vom 23. Okt. 36 festgehalten [91]). Neuerdings dürfte auch die Ansicht des württembergischen Verwaltungsgerichtshofes im praktischen Ergebnis mit dieser Rechtsprechung übereinstimmen. und die Erhebung der Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 württembergisches WRG nicht nur dem Träger einer verletzten Berechtigung einräumen. So wird im Urteil vom 2. 5. 34 [92]) einem Nachbar zwar kein Recht aber ein tatsächliches Interesse daran

[90]) Seite 32 dieser Arbeit.
[91]) Jahrb. sächs. OVG 40, 180.
[92]) WürVV 1935, 89 ff. - Vergl. auch Seite 12/13 dieser Arbeit.

zugestanden, daß im Sinne des Art. 95 BauO für die Errichtung von Krankenhäusern oder sonstwie besonderen Bauten von Seiten der Baupolizei „strengere als die den allgemeinen polizeilichen Bestimmungen des Gesetzes (Art. 1, Abs. 1) entsprechenden Vorschriften" erlassen werden. Zwar stehe dem Nachbar kein Rechtsanspruch auf Schutz seiner Belange durch die Baupolizeibehörde zu, meint der Verwaltungsgerichtshof, immerhin aber ein tatsächlicher Schutz. Damit wird die Beantwortung der Frage, ob oder wie weit das Bauvorhaben sich mit den Interessen der Nachbarn verträgt, in das verantwortliche Ermessen der Baupolizeibehörden gestellt. Diese Gewährung eines tatsächlichen Schutzes ist nichts anderes als der dem Vorgehen des sächsischen Oberverwaltungsgerichts entsprechende Versuch, die Lücken der positiven Gesetzesvorschriften in der Erkenntnis zu schließen, daß zur Erhaltung des Rechts- und Gemeinschaftsfriedens auch ein Schutz gesetzlich ungesicherter Interessen erforderlich sein kann.

Die Folge dieser veränderten Lage ist, daß sich der Personenkreis der Berechtigten nicht mehr mit dem Kreis der wirklich Geschützten deckt. Der Kreis der Geschützten erstreckt sich dabei nur auf die wirklich „Beteiligten". Beteiligt sind alle diejenigen, aber auch nur diejenigen Dritten, deren Lebenskreis unmittelbar durch die Behördenentscheidung berührt wird, ganz oder nur zum Teil[93]). Keineswegs sinkt damit der Rechtsschutz der Klage oder Beschwerde zu einem jedermann zustehenden Rechtsmittel herab. Der Kreis der Beteiligten wird immer ein enger und im übrigen ein sehr konkreter sein. Denn das Beteiligtenverhältnis ist „etwas Tatsächliches"[94]); es erfaßt auch die Fälle tatsächlicher und wirtschaftlicher Beeinträchtigungen, die nicht den Vorteil rechtlicher Beziehungen des Betroffenen zu der in Frage kommenden Verwaltungsmaßnahme haben. Dieses allein an den Erfordernissen der Volksgemeinschaft ausgerichtete Schutzverhältnis ist daher weit mehr als das bisherige Rechtsverhältnis in der Lage, auch einen praktischen Rechtsschutz zu gewähren.

Allerdings liegt es dabei gerade auch im Interesse des Gemeinschaftsfriedens, nicht nur auf den Beteiligten Dritten Rücksicht zu nehmen. Er ist ebenso Persönlichkeit wie der Bauherr und hat daher seinen Verpflichtungen der Gemeinschaft gegenüber ebenso nachzukommen wie jener. Diese Verpflichtung gebietet ihm konkret, sich seinerseits mit den Bedürfnissen des Bauherrn abzufinden, zumal dann, wenn der Schaden durchaus üblicher und unvermeidlicher Natur ist. In diesem Widerstreit gegenseitiger Belange kann nur „grundsätzliche, gegen-

[93]) Jahrb. sächs. OVG 39, 5.
[94]) Jahrb. sächs. OVG 39, 5.

seitige Rücksichtnahme“ [95]) den Bedürfnissen aller gerecht werden obgleich sich eine gewisse Grenzziehung nicht vermeiden läßt. Jedenfalls wird dabei stärker auf die Gemeinbelange abzuheben sein und nicht jedes tatsächliche Interesse eines Einzelnen . . . auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung des Gemeinfriedens . . . genügen [96]). Andererseits entspricht es auch wiederum der Billigkeit, wenn in dem widerstreitenden Verhältnis Bauherr — Beteiligter Dritter derjenige gleichsam im „Vorteil“ ist, der sich über ein bloßes Interesse hinaus auch auf die positive Gesetzesvorschrift berufen kann. Die Beobachtung der positiven Bauvorschriften bleibt auch fernerhin für die entscheidende Behörde wie für die Beteiligten erste Regel.

Die Berücksichtigung der Belange Dritter geht nicht so weit, daß ihnen auf die Auswahl der Mittel zur Behebung der Ursachen einer für begründet erachteten Beschwerde ein Einfluß eingeräumt wird. Ein Nachbar kann also nicht etwa von der Baupolizeibehörde die an sich gesetzlich mögliche Versetzung oder Beseitigung eines Hauses verlangen, wenn z. B. schon „das schwächere Mittel der Anbringung von Schneefang und Traufe“ zur Befriedigung seines tatsächlichen Interesses ausreichend scheint [97]). Er muß also die Ausführung der Bauanlage dulden, selbst wenn die ihm erwachsenen Schäden durch die behördliche Maßnahme nicht ganz behoben worden sind. Schließlich hat die Ausführung jeder Anlage für die betroffenen Beteiligten Beeinträchtigungen irgendwelcher Art zur Folge. Eine ernstliche Störung des Gemeinschaftsfriedens tritt aber immer nur dann ein, wenn der Nutzen auf der einen Seite und die Beeinträchtigungen auf der anderen in einem ungewöhnlichen Mißverhältnis stehen, wenn also die Duldung der Nachteile durch die Betroffenen nicht mehr dem obersten Grundsatz der Sicherung der Volksgemeinschaft entspricht.

Diese Berücksichtigung der nicht durch positive Gesetzesbestimmungen geschützten Belange dritter Personen im höheren Interesse der Volksgemeinschaft bedeutet nie eine Beschränkung der Bauberechtigung. Denn ihr Träger ist der als Persönlichkeit in die Erfordernisse der Volksgemeinschaft sich fügende Bauherr, nicht mehr der Bauherr individualistischer und liberaler Prägung. Der Bauende von heute empfindet die tatsächlichen Auswirkungen dieser veränderten Rechtsauffassung in Wissenschaft und Rechtsprechung nicht als ungerechtfertigte Beschränkung seiner Freiheit, nach eigenen Plänen und Wünschen bauen zu dürfen. Er ist sich bewußt, daß seine rechtliche und tatsächliche Stellung nur im Zusammenhang mit der Stellung der-

[95]) Krüger: S. 184.
[96]) Vergl. hiezu auch Seite 45 dieser Arbeit.
[97]) Preuß. OVG in RVBl Bd. 57, 165.

jenigen gesehen werden darf, die durch Ausübung seiner Bauberechtigung in ihren eigenen Belangen benachteiligt werden. Er versteht, daß die Rücksichtnahme auf diese betroffenen Volksgenossen dem Gedanken der Volksgemeinschaft entspricht, zu deren Verwirklichung er sich als Persönlichkeit mitverpflichtet weiß.

3. Die Durchsetzungsmöglichkeit der Bauberechtigung.

Die rechtliche Ausgestaltung der Stellung der Persönlichkeit ist eine im konkreten Fall verschiedene. Je wichtiger die Gliedstellung in der Gemeinschaft ist, umso stärker wird auf Wille und Entscheidung der Persönlichkeit abgestellt werden müssen. Darum bleibt die Anfechtungsklage nach sächsischem Recht oder die Rechtsbeschwerde im Sinne des Art. 13 württembergisches Verwaltungsrechtspflegegesetz in der Regel auch für die Zukunft dem berechtigten Bauherrn, nicht den beteiligten Dritten vorbehalten. Denn grundsätzlich ist der Eigentümer eines Grundstücks, der die Ausübung seiner Bauberechtigung ernsthaft beabsichtigt, im nämlichen Augenblick etwa für die wohnungspolitischen Interessen des Staates wichtiger als der durch das Bauvorhaben betroffene Nachbar, der seinen Einspruch nur mit eigenen, nicht einmal gesetzlich unter Schutz gestellten Belangen zu begründen weiß. Aber auch für die Zukunft dem berechtigten Bauherrn, nicht den beteiligten kreten Falles mit verschiedenen Durchsetzungsmöglichkeiten ausgestaltet. Wo die Belange der Volksgemeinschaft und damit des Staates überwiegen, wird ihm aus rechtspolitischen Gründen nur eine formlose Beschwerde zugebilligt werden, die eine Nachprüfung durch die höhere Behörde zur Folge haben kann, aber nicht muß. Wo die Belange der Allgemeinheit sich stärker zurückhalten, wird die förmliche, fristgebundene Rechtsbeschwerde gegeben sein. Für eine Klage vor den unabhängigen Verwaltungsgerichten ist jedoch nur dort Raum, wo dem Staate gerade an der Festigung der baurechtlichen Stellung der Einzelpersönlichkeit gelegen ist.

So steht dem Bauwilligen gemäß Art. 13, Abs. III BauO gegen den die Bausperre verhängenden Beschluß des Gemeinderats innerhalb eines Monats die Beschwerde zu, über die in letzter Stufe das Innenministerium entscheidet. — Aber schon mit Art. 97 Abs. IV BauO verstärkt sich rechtlich die Stellung des Bauenden, dem hienach in letzter Stufe die Rechtsbeschwerde des Art. 115, Ziff. 2—5 BauO gegen die etwa aus künstlerischen Gründen erfolgte Untersagung einer Bauausführung eingeräumt ist. Die stärkste Ausgestaltung der Stel-

lung des Bauherrn im Rahmen etwa der württembergischen Bauordnung wird jedoch durch Art. 1 BauO in Verbindung mit Art. 13 WRG erreicht[98]). Denn darnach kann jeder Bauende, der sich in einem ihm zustehenden Recht verletzt fühlt und der im behördlichen Rechtszug abschlägig beschieden wurde, vor dem Verwaltungsgerichtshof als unabhängige richterliche Instanz die Rechtsbeschwerde erheben. Diese kommt sonach hinsichtlich ihrer Wirkungen der Anfechtungsklage des § 73 sächs. WRG gleich.

Sinn dieser Durchsetzungsmöglichkeiten ist einmal, Schutz zu gewähren „gegen die unrechtmäßige Handhabung von Gesetz und Recht in der Verwaltung überhaupt"[99]). Denn es ist Aufgabe des Bauenden als einer mit Beschwerdebefugnissen ausgestatteten Persönlichkeit, für die „Wiederherstellung wie die Entschädigung Sorge zu tragen, wenn ein solcher Ausgleich der Ordnung der Gemeinschaft entspricht", aber auch nur dann[100]). Die Wiederherstellung der Gemeinschaftsordnung ist aber z. B. notwendig, wenn Verwaltungsmaßnahmen auf einem rechtlichen oder tatsächlichen Irrtum beruhen oder wenn der Erlaß einer Maßnahme gar eine willkürliche Rechtsverletzung bedeutet.[101]). Gegenüber solchen Beeinträchtigungen der Rechtsordnung hat die Persönlichkeit, sei sie „berechtigter" Bauherr oder nur „beteiligter" Dritter, ein „Genossenrecht, gerecht behandelt zu werden"[102]). Dieses Recht ist zugleich Macht, sagt Stuckart[103]), fügt jedoch sofort hinzu, daß diese Macht „nicht der Erhaltung und Neubegründung privilegierter Rechtsgüter" dient. Sie kann vielmehr nur Ausdruck einer nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung der Persönlichkeit im Rahmen der Gemeinschaft zugedachten Stellung sein. Ein Rechtsschutz wird dem Bauherrn sowie jedem beteiligten Dritten nur gewährt, weil die Verletzung ihrer privaten Belange zur Störung der Gemeinschaft führt.

Das also ist der eigentliche Sinn der Einräumung von Klage und Beschwerde. Immer wieder ist es dieser Gedanke der Volksgemeinschaft, der als Ergebnis aller Ueberlegungen, als oberster Grundsatz und oberste Notwendigkeit erscheint. Zweck der dem Volksgenossen im konkreten Fall eingeräumten Machtbefugnisse ist immer

---

[98]) Reg.Blatt 1876, 493. - Vergl. dazu auch §§ 45, 47, 49 preuß. PVG.
[99]) Jahrb. sächs. OVG 39, 5.
[100]) Vergl. auch:
a) Gesetz über den Ausgleich bürgerlich-rechtlicher Ansprüche vom 13. 12. 1934.
b) Gesetz über Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht vom 24. 1. 1935.
[101]) Vergl. Schneider: S. 460.
[102]) Schnorr von Carolsfeld: S. 1479, Note 13.
[103]) Stuckart: II, 355.

nur, die als fehlerhaft erkannten behördlichen Maßnahmen aus eigenem Antrieb und aus dem Bewußtsein heraus zur Verpflichtung und Verantwortung gegenüber der Gemeinschaft beseitigen zu helfen. Diese Aufgabe fällt demjenigen Bauherrn etwa zu, dem die Baupolizeibehörde die Errichtung eines Gebäudes untersagt, obwohl dessen Ausführung allen gesetzlichen und rechtlichen Anforderungen entsprechen würde. Darum ist ihm eine Anfechtungsklage im Sinne des sächsischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes oder eine Rechtsbeschwerde im im Sinne des württembergischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes an die Hand gegeben. Diese Aufgabe fällt aber auch dem Nachbarn zu, der durch eine nach positiven Gesetzesvorschriften zwar zu Recht erfolgte, jedoch wegen unverhältnismäßig hohen Schadens unbillige Bauerlaubnis dergestalt benachteiligt wird, daß ihm das Hinnehmen eines solchen Nachteiles vom Gesichtspunkt der Volksgemeinschaft aus nicht zugemutet werden kann. Darum wird ihm ein Rechtsschutz gewährt werden müssen. Im einen Fall trägt das klageweise Vorgehen des Bauherrn, im anderen Fall des Vorgehen des Nachbarn zur Förderung des Gemeinschafts- und Ordnungsgedankens und damit zur Erhaltung der Rechtssicherheit bei.

So schließt die Tatsache der Ausstattung mit „Macht"befugnissen ein notwendiges Glied in der rechtlichen, aber auch pflichtbedingten Stellung jeder Persönlichkeit. Diese Befugnisse sind also nicht mehr Kampfmittel eines Einzelnen als Rückschlag auf Uebergriffe des Staates. Nur im Bereich des Privatrechts, wo die Klage auf Grund der Besonderheit dieses Gebietes naturgemäß im Interesse und zum Vorteil der eigenen Partei geführt wird, hat sich dieser Charakter noch erhalten.

Es ist dabei festzuhalten, daß die zur Erteilung der Erlaubnis oder zum Entscheid über eine Beschwerde zuständige Behörde die Entscheidung nur trifft, weil sie hiezu dem Staat sowie der Idee des Rechts als letzte Rechtsquelle gegenüber verpflichtet ist. Der Bauwillige oder Beschwerdeführer kann immer nur den äußeren Anstoß zur Nachprüfung geben; er selbst vermag weder unmittelbar zu verpflichten noch eine Entscheidung zu erzwingen. Inwieweit dabei und ob überhaupt eine solche richterliche Nachprüfung im Wege der Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem Führergrundsatz und dem Wesen der Staatsverwaltung vereinbar ist, soll hier nicht einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Die Feststellung als solche mag genügen, daß für die Gegenwart die Möglichkeit richterlicher Nachprüfung besteht und in irgendwelcher verwaltungsrechtlicher Form auch künftig beibehalten werden wird.

Nur steht eine endgültige reichsgesetzliche Entscheidung sowohl über die Organisation als den Aufgabenkreis der Verwaltungsgerichte vorderhand noch aus. Diese Nachprüfung staatlicher Verwaltungstätigkeit durch besondere, mit Entscheidungsgewalt und justizähnlicher Unabhängigkeit ausgestattete Einrichtungen des Staates bedeutet jedoch nicht notwendig Unterwerfung dieses Staates unter unabhängige, außerhalb der aktiven Verwaltung stehende ordentliche Gerichte im Sinne justizstaatlicher Gedankengänge. Die Tätigkeit besonderer Verwaltungsgerichte ist nichts als eine Art besonderer Verwaltung. Sie überüberwachen die Tätigkeit unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung nicht wie die ordentlichen Gerichte von außen her, sondern aus der Mitte der Verwaltung selbst heraus. Doch nicht so sehr ist bloße Ueberwachung der verwaltenden Staatsorgane die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Weit grundsätzlicher ist ihr aufgetragen, an der Durchsetzung des in den Gesetzen zum Ausdruck kommenden Führerwillens mitzuhelfen und für die Aufrechterhaltung des Rechts bedacht zu sein, eines Rechts, unter dessen Idee auch der Staat sich stellt, weil Wahrung des Rechts zugleich Wahrung der Volksgemeinschaft und der in ihr bestehenden Ordnung ist.

§ 11. Der Anspruch auf Erteilung der baupolizeilichen Erlaubnis.

Mit Ausnahme der wenigen nicht genehmigungspflichtigen Bauanlagen[104]) kann die Erstellung von Neubauten sowie jede wichtigere Veränderung bestehender Bauten nicht ohne weiteres und nach Belieben jedes Einzelnen vorgenommen werden. Zuvor ist der zuständigen Baupolizeibehörde von dem Bauvorhaben Anzeige zu erstatten[105]), dabei eine genaue Darstellung der geplanten Anlage vorzulegen und die Erlaubnis zur Ausführung dieses Planes nachzusuchen. Die der Erlaubnis zuvorgehende Prüfung der Unterlagen erfolgt nicht nach Maßstäben persönlicher Art wie etwa bei der Bestallung für Aerzte[106]). Sie richtet sich aber auch nicht nach Maßstäben, welche sowohl die Person als auch die Sache in gleicher Weise berücksichtigen wie etwa im Falle des Gesuches zum Betrieb einer Gastwirtschaft. Für die Entscheidung der Baupolizeibehörde ist einzig und allein die Art der Bauanlage von Belang und deren Durchführung. Darum

[104]) Vergl. Art. 100 württ. BauO.

[105]) So sagt § 68, I, 8 ALR: „Wer also einen Bau in Städten anlegen will, muß dann zuvor der Obrigkeit zur Beurteilung Anzeige machen".

[106]) § 3 Reichsärzteordnung vom 13. 12. 35 RGBl I, 1433.

auch berührt ein Wechsel in der Person des Bauherrn in keiner Weise die einmal erteilte Erlaubnis. Sie gilt als im Voraus für alle gegeben, die an die Stelle des Antragstellers treten [107]).

Nun gehen allerdings über Wesen und Bedeutung der Bauerlaubnis die Auffassungen erheblich auseinander. Diese Meinungen kritisch zu würdigen, kann in Anbetracht der Bedeutung dieses Rechtsgebildes und der rechtlichen Folgen der einzelnen Lehrmeinungen nicht umgangen werden, obwohl diese Lehrmeinungen im jüngeren Schrifttum schon mehrfach Gegenstand der Darstellung waren [108]). Allen Lehrmeinungen liegt dabei die entscheidende Frage zugrunde, ob durch die Erteilung der Erlaubnis ein selbständiges ursprüngliches Recht erzeugt oder lediglich das Vorhandensein eines schon bestehenden festgestellt wird.

1. Die subjektiv-rechtliche Lehre.

Sie unterscheidet zwischen der aus § 903 BGB entsprungenen privatrechtlichen Befugnis zum Bauen und der öffentlich-rechtlichen, die erst mit Erteilung der Erlaubnis entsteht. Sie gibt also dieser Verwaltungsverfügung der Bauerlaubnis eigene rechtsbegründende Wirkung [109]).

Die Vertreter dieser Gruppe anerkennen demnach vor der Erlaubniserteilung nur eine privatrechtliche Befugnis zum Bauen. Ob sich diese nun unmittelbar auf § 903 BGB stützt oder der ehemaligen Auffassung des württembergischen Gesetzgebers [110]) entsprechend auf Art. 1 BauO ist dabei für die Ablehnung dieser Lehre unerheblich. Denn im ersten Fall kommt dieser Befugnis nur die Bedeutung eines bürgerlich-rechtlichen Sachherrschaftsanspruchs auf den zu bebauenden Boden zu und fällt insoweit überhaupt nicht in das Gebiet des öffentlichen Rechts. Und im Fall des Art. 1 BauO handelt es sich, wie im Laufe dieser Arbeit dargelegt wurde [111]) schon gar nicht um eine privatrechtliche Befugnis zum Bauen. Zudem ist nicht recht ersichtlich, warum der Gesetzgeber sich selbst mit der Anerkennung einer privatrechtlichen Befugnis begnügt und der Baupolizeibehörde als einer unteren Verwaltungsbehörde die Fähigkeit übertragen haben sollte, seinerseits und rechtswirksam eine öffentlich-rechtliche Befug-

[107]) Schanz: S. 72. - Vergl. aber die Ausführungen auf Seite 39 dieser Arbeit über den höchstpersönlichen Charakter des Anspruchs auf Erteilung der Bauerlaubnis.
[108]) Schanz: S. 25 ff; Ackermann: S. 43 ff.
[109]) G. Meyer: S. 170, 172; Rehm: S. 31.
[110]) Vergl. darüber Seite 43 der Arbeit.
[111]) Vergl. § 10, Ziff. 1.

nis zu schaffen. Welcher Zustand würde sich dabei im Falle einer Nichterteilung der Erlaubnis ergeben? Dann bestünde zwar eine privatrechtliche Befugnis zum Bauen, jedoch keine Berechtigung im Bereich des öffentlichen Rechts. Wie aber nun, wenn ein Bauluſtiger, allein auf diese privatrechtliche Befugnis gestützt (§ 903 BGB), ohne Genehmigung zu bauen beginnt? Auch in diesem Fall war nach Art. 120, Abs. III BauO die Weiterführung der Bauanlage trotz dem nur in besonderen Fällen zu versagen. Zwar wurde durch die Neufassung dieser Bauordnung am 15. Dezember 1933 gerade jener Abs. III Art. 120 gestrichen, jedoch offensichtlich nur, um der Baupolizeibehörde eine größere Entscheidungsfreiheit einzuräumen. Sie wird nach dem Wegfall dieser Vorschrift häufiger bereit sein, die Weiterführung der Anlage zu versagen, eine wesentliche Veränderung derselben oder gar ihren Abbruch anzuordnen, muß aber diese Maßnahme nicht ergreifen. Daher wird auch künftig dem ohne Erlaubnis aufgeführten, aber sonst allen Vorschriften entsprechenden Bau die Genehmigung in der Regel noch nachträglich gewährt werden. Aber auch bei einem ohne Erlaubnis errichteten, zudem noch regelwidrigen Bau drängt die Baupolizei in Wirklichkeit meist nur auf Umänderung der Anlage in einen den geltenden Gesetzen entsprechenden Zustand. Dann nämlich, wenn es sich nur um ganz geringfügige Verstöße handelt und wenn die Herstellung des ursprünglichen Zustandes mit einem unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand verbunden wäre. Die Beseitigung der ganzen Anlage oder die Verhinderung ihrer Weiterführung wird erst dann gefordert werden, wenn der Bau auf keine andere Weise in einen dem Gesetz entsprechenden Zustand versetzt werden kann [112]). Daraus geht doch offensichtlich hervor, daß diesem Rechtsgebilde der Bauerlaubnis eben nicht die ihm von der subjektiv-rechtlichen Lehre beigemessene Bedeutung zukommt.

Vielmehr wurde an anderer Stelle schon nachgewiesen, daß die Bauberechtigung des Grundstückeigentümers unmittelbar und ursprünglich für Württemberg z. B. aus Art. 1 BauO hervorgeht, unbeschadet also der Erlaubnispflicht des Art. 100 Bauordnung. Die Erlaubniserteilung kann also nicht mehr rechtsbegründend wirken, denn ein schon und noch vorhandenes Recht des Bauherrn kann durch eine weitere Bestimmung nicht nocheinmal geschaffen werden [113]). Zwei verschiedene, selbständige Bauberechtigungen gibt es nicht.

[112]) So auch schon OVG v. 24. 2. 05 in PVBl 27, 305.
[113]) Vergl. auch Werneburg: S. 31.

Damit unterscheidet sich die Bauerlaubnis auch wesentlich gegenüber der Verleihung von Sondernutzungsrechten[114]) so etwa auf dem Gebiete des Wasserwesens. Die Verleihung schafft ursprüngliches, auf der schöpferischen Verfügungsmacht des Staates beruhendes Recht. Der Staat „leiht" dieses zunächst nur ihm zustehende Recht dem einzelnen Volksgenossen als selbständige neue Berechtigung und stattet ihn auch mit der Möglichkeit aus, diese notfalls durchzusetzen[115]). Doch besteht kein Rechtsanspruch auf Verleihung[116]), während umgekehrt ein solcher auf die Erteilung einer Bauerlaubnis sich notwendig als Folge der schon bestehenden Bauberechtigung ergibt.

2. Die objektiv-rechtliche Lehre, sowie die Lehre vom Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Die objektiv-rechtliche Lehre bedient sich im Wesentlichen der stark verbreiteten Lehre vom „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt[117]). Diese Lehre sagt etwa: Ein Eingreifen der Polizei im Rahmen ihrer Aufgaben erfolgt in der Regel nur dann, wenn eine unmittelbare Gefahr bevorsteht. Die Polizei kann aber schon vorbeugend eingreifen, wenn ein an sich durchaus ungefährlicher Zustand leicht zu einem gefährlichen werden könnte, d. h. wenn er nicht unbedingt auf die Gemeinschaftsordnung störend wirken muß aber immerhin kann. Zu diesem Zweck erläßt der Gesetzgeber ein allgemeines Handlungsverbot, indem „an den Beginn der menschlichen Tätigkeit das Erfordernis einer Prüfung" gestellt und dann die bisher verbotene Handlung durch eine besondere polizeiliche Verfügung erlaubt wird. So entsteht die „Erlaubnis, welche von dem Verbot entbindet"[118]).

Da diese allgemeine Erlaubnis mit dem Rechtsgebilde der Bauerlaubnis verwandt ist, wird diese Lehre auch auf den Bereich des öffentlichen Baurechts übertragen. Die objektive Lehre sagt darum folgendes: Schon aus dem Erfordernis der Erlaubniserteilung ist zu schließen, daß trotz der Baubefugnis zunächst ein allgemeines Bau-

[114]) a. Anf. Drews: Bd. I, S. 68 hinsichtl. der dinglichen Konzessionen des § 16 GewO, die er den Verleihungen d. Wasserrechts gleichsetzt.

[115]) So die Rechtsbeschw. des Art. 26, 1 württembergisches Wassergesetz.

[116]) So z. B. Köhler: S. 312 - Nieder: S. 239.

[117]) O. Mayer: Bd. I, S. 287 ff - Laforet: S. 236 - Drews: Bd. I, S. 88 und Bd. II, S. 245 - Wawro: S. 2 ff - G. Schmidt: in RVBl 56, 833 ff (aus Anmerkung 4 zu S. 836 zu entnehmen).

[118]) O. Mayer: S. 288. - Thoma (Bd. I, S. 327 ff, zumal S. 341 ff) unterscheidet 2 Arten des Vorbehalts; den echten, der dem einzelnen Untertanen keinen Anspruch auf Erlaubniserteilung gibt und die „Erlaubniserteilungsgebote zum Zwecke der Prävention rechtswidriger Handlungen und Zustände", die einen Anspruch gewähren.

verbot für genehmigungspflichtige Bauten besteht. Dies kommt zudem eindeutig in der Bestimmung des § 367, Ziff. 15 RStGB zum Ausdruck[119]), wonach sich jemand einer strafbaren Handlung schuldig macht, der einen Bau ohne polizeiliche Erlaubnis ausführt. Dieses Bauverbot ist jedoch nur zum Zwecke der Ueberwachung der allgemeinen Bautätigkeit erlassen, weil mit der Möglichkeit polizeiwidrigen und damit gefährlichen Bauens gerechnet werden muß. Es trägt darum schon den Willen zur Befreiung vom Verbot in sich. Es ergeht von vornherein schon mit dem Vorbehalt späterer Erlaubnis, ist also nur als vorläufige Maßnahme gedacht[120]). So erklärt Scholz die Erteilung dieser Erlaubnis als eine Maßnahme, durch die gleichsam die vorläufig und allgemein herabgelassene Verbots„schranke" wieder aufgehoben wird[121]). Sie stellt den ursprünglichen Zustand der Baufreiheit wieder her, indem nunmehr das bisher allgemein Verbotene für den Einzelfall erlaubt ist. Die Erlaubnis enthält sonach ein „Du darfst"[122]), die Strafbestimmung kommt nicht mehr zum Zuge. Sie ist aber, folgert die objektive Lehre weiter, weder die Quelle eines subjektiven öffentlichen Rechts, noch eines selbständigen Rechts überhaupt. Sie ist nur ein feststellender Bescheid des Inhalts, daß von Seiten der Gesetze dem Baubeginn keine Schwierigkeiten entgegenstehen.

Auch der objektiv-rechtlichen Lehre kann nicht restlos zugestimmt werden:

Gewiß hat der Erlaubniszwang den Sinn einer Ueberwachungsmaßnahme und stellt nach günstig verlaufener Prüfung der Voraussetzungen eine Unbedenklichkeitserklärung der Baupolizeibehörde dahin dar, daß sie gegen die Ausführung der Bauanlage nichts einzuwenden habe. Doch kann sich das Wesen der Bauerlaubnis nicht in der bloßen Feststellung eines schon bestehenden Zustandes erschöpfen. Sie „erlaubt" ja auch. Zweifellos bedeutet „erlauben", daß zuvor etwas verboten war. Dieses Verbot darf jedoch nicht mit dem „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt" gleichgesetzt werden. Warum auch sollte der Gesetzgeber diesen zu verwickelten Weg beschritten haben, die laut positiver landesrechtlicher Vorschrift anerkannte Bauberechtigung[123]) trotzdem zunächst allgemein zu verbieten, um sie dann

[119]) Vergl. auch die behördliche Ueberwachungspflicht nach Art. 118 Württ. BauO.
[120]) O. Mayer: S. 22 - Drews: Bd. I, S. 88, 89.
[121]) Scholz: I, S. 213/214 und II, S. 269.
[122]) O. Mayer: S. 255, Note 10 - Scholz: I, S. 312. - Dem ist an sich zuzustimmen, nur bezieht sich dieses Dürfen nicht auf die nicht verbotene Bauberechtigung, sondern auf die verbotene Bauausführung (vergl. hiezu Seite 56 dieser Arbeit).
[123]) Oder etwa das gemäß § 3 verb. mit § 1 Reichsjagdgesetz gewährte Jagdrecht des Grundeigentümers.

durch ein anderes Rechtsgebilde desselben Gesetzes plötzlich wieder aufleben zu lassen? Könnte aus dieser objektiv-rechtlichen Verbotslehre nicht geradezu der Schluß gezogen werden, daß es also offenbar keine allgemeine Bauberechtigung gibt, sondern nur die im Einzelfall gewährte? Und würde ferner durch diese Lehre nicht auch ein Bild entworfen, das zumal mit dem Interesse des Staates an der Förderung der Bauentwicklung nicht recht im Einklang stehen will? — Aber diese objektive Verbotslehre beruht auf einer irrtümlichen Vermengung von Sache und Form, bzw. Recht und Ausübung des Rechts. Die Einrichtung des Erlaubniszwanges kann nicht den Sinn haben, die Bauberechtigung als solche zu beschränken, indem sie bis zur Erteilung der Erlaubnis verboten bleibt. Sie ist vielmehr eine Maßnahme zur Ordnung der die Bauberechtigung verwirklichenden Bautätigkeit und erfüllt damit denselben Zweck wie die reichsrechtlichen Vorschriften zur Neuordnung des Bauwesens. Bauberechtigung und Erlaubnis zur Bauausführung sind klar auseinanderzuhalten. Die Einrichtung des Erlaubniszwanges im Bereich des Baurechts will nur die Ausübung der Bautätigkeit unter behördliche Kontrolle bringen [124]). Die Berechtigung geht durch diese Beschränkung nicht unter, um im Sinne der objektiv-rechtlichen „Schrankentheorie" [125]) erst durch die Erteilung der Erlaubnis wieder aufzuerstehen, sondern gelangt nur erst durch diese Erlaubnis zur vollen Geltung und Wirksamkeit [126]).

Dieses Erlauben bedeutet, daß die bis dahin noch unerlaubte Ausübung der Bautätigkeit „gedurft" wird und dies ist zweifellos mehr als eine bloße Unbedenklichkeitserklärung mit Feststellungscharakter. Denn das Dürfen erzeugt zwar kein Recht, jedoch eine sofort auszuübende Fähigkeit; gewährt kein Recht auf die Ausübung — dies geht ja schon aus Art. 1 BauO hervor — sondern nur die unmittelbare Möglichkeit hiezu [127]). Es verstärkt die Sicherung des schon vorhandenen rechtlichen Zustandes durch eine ausdrückliche Erklärung. Es bescheinigt gleichsam einen sogenannten „öffentlich-rechtlichen Besitzstand" [128]), der dem Inhaber der Erlaubnis nicht mehr beliebig entzogen werden darf.

---

[124]) Damit greife ich in gewissem Sinn auf die von Schanz (S. 25) aus den bayrischen Blättern für administrative Verwaltung entnommene „Ausübungstheorie" zurück.

[125]) So etwa Hußla (S. 31): „Die Beschränkung des Bauerlaubniszwanges ist derart, daß für die erlaubnispflichtigen Bauten das Recht zu bauen beseitigt wird".

[126]) So auch Schanz über die Ausübungstheorie auf Seite 25.

[127]) Hierin ist Schanz (S. 25) anderer Ansicht.

[128]) Köttgen: S. 154 - vergl. auch Hatschek: S. 54.

Eine ohne Erlaubnis ausgeübte Bautätigkeit ist zwar gemäß § 367, Ziff. 15 RStGB gesetzeswidrig und damit verboten[129]). Gegen diese Uebertretung einzuschreiten ist zum Teil Sache des Strafrichters, der seinerseits erst tätig werden kann, wenn die Baupolizei feststellt, daß die im Bau befindliche Anlage genehmigungspflichtig ist. Auch die Polizeibehörde kann den Täter durch Erlaß einer Strafverfügung im Sinne des § 413 StPO zur Verantwortung ziehen. Darüber hinaus ist sie aber auch befugt, die Weiterführung einer Anlage durch besondere verwaltungsrechtliche Zwangsmittel, also durch Ersatzvornahme, Erhebung von Zwangsgeld als Ungehorsamsstrafe oder durch Anwendung unmittelbaren Zwanges zu verhindern, da der strafrechtliche Grundsatz ne bis in idem für das Verhältnis von strafrechtlicher Strafe und Verwaltungszwangsstrafe nicht Geltung finden kann. Doch muß die Polizei nicht tätig werden. Die Gefahr des Eingreifens trägt dabei der Bauherr. Je vorschriftswidriger gebaut wird, desto größer ist diese Gefahr. Sie wird dagegen in Wirklichkeit sehr gering sein, wenn der Bau allen sonstigen Vorschriften entspricht. Sie entfällt ganz, wenn die Erlaubnis zur Bauausführung vorliegt, sei es schon vor Beginn der Tätigkeit oder erst nachträglich. Dann ist die bis dahin nur begrenzte Handlungsfreiheit voll hergestellt, sofern und solange die weitere Bauausführung nicht vom erlaubten Plan abweicht. —

Die Erlaubniserteilung stellt sich also dar, einmal als bloße Beurkundung und Bestätigung einer schon bestehenden Berechtigung zum Bauen, zum andern aber auch als eine Maßnahme mit eigentümlich erlaubender Wirkung, die sich nicht auf ein bisher noch irgendwie vorbehaltenes Recht bezieht, sondern auf die trotz vorhandener Berechtigung an sich noch vorbehaltene Ausübung der Bautätigkeit.

3. Der Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis als Teil der Bauberechtigung.

Es entspricht dem Sinn der persönlichen Berechtigung des Art. 1 BauO, daß sie die Erteilung der gemäß Art. 102 BauO nachzusuchenden polizeilichen Erlaubnis voraussetzt. Die Erlaubnis kann nicht nur erteilt werden, sie muß es, sofern der vorgelegte Plan nicht den Bestimmungen des Gesetzes und dem Grundsatz der Volksgemeinschaft entgegensteht. Der nach allen rechtlichen Vorschriften

[129]) Da dieses Verbot sich nur auf die Ausführung des Bauvorhabens erstreckt, hat es mit der Lehre vom „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt" nichts gemein.

Bauende hat also einen Anspruch darauf, daß die Ausführung seines Bauvorhabens erlaubt wird. Das Schrifttum der Vergangenheit vertrat nun meist die irrige Auffassung, als stelle dieser Anspruch ein selbständiges Recht dar, als müsse ein selbständiges subjektives öffentliches Recht auf Erteilung der Bauerlaubnis bejaht werden. Ja, man schuf gar noch ein selbständiges „Recht zum Bauhaben“ [130]), d. h. also zur Beibehaltung der Bauanlage. Diese Aufspaltung des subjektiven öffentlichen Rechtes zum Bauen lag im Zuge der liberalen Bestrebung, den Bestand der subjektiven öffentlichen Rechte zu vergrößern. Sie bezweckte, den rechtlichen Schutz des Einzelnen auf dem Gebiete des Baurechts, sein Recht auf Baufreiheit und zum Bauen durch Gewährung möglichst zahlreicher, selbständiger Rechte sicherzustellen.

Entgegen dieser Fehlentwicklung kann aber heute nur eine einheitliche persönliche Berechtigung zum Bauen anerkannt werden. Das Recht auf Genehmigung des nach Art. 102 BauO notwendigen Baugesuchs ist keine besondere Berechtigung mehr. Ihre Geltendmachung bedeutet immer nur die Geltendmachung der Rechtsstellung, die schon in Art. 1 BauO gesetzlich verankert ist [131]), lediglich mit dem Unterschied, daß erst nach Erteilung der Erlaubnis mit der Verwirklichung des Bauvorhabens begonnen werden darf. Diese Auffassung scheint mir eine dem Wesen der allein in Art. 1 BauO verankerten persönlichen Bauberechtigung notwendig entspringende Folge zu sein. In diesem Sinne dürfte auch Gluth verstanden werden, der schon vor geraumer Zeit, entgegen der herrschenden Meinung, die Auffassung vertrat: „Materiell bleibt der Anspruch derselbe, welcher er wäre, wenn jenes Erfordernis nicht bestünde; formell dagegen erscheint er als Anspruch auf Erteilung der Genehmigung“ [132]). Dieser „Anspruch auf Erteilung der Genehmigung“ ist nur eine der möglichen Formen, in der die Bauberechtigung geltend gemacht werden kann, allerdings auch die häufigste. Die Bauberechtigung konkretisiert sich gleichsam, das eine Mal in dem Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis, nach erfolgter Erlaubnis dann in dem Anspruch auf die Ausführung der Bauanlage oder ein drittes Mal etwa in dem Anspruch auf Beibehaltung des erstellten Gebäudes. Doch bleiben diese Formen immer nur Ausfluß ein und derselben Berechtigung. Sie sind keine selbständigen Grundformen, nur Erscheinungsformen derselben Sache.

[130]) Diese Bezeichnung findet sich zumal bei Ackermann.
[131]) Vergl. auch a) Bühler: S. 345, zumal Anm. 12; b) Amtsbl. d. M. d. I., 1890, 115; c) Jahrb. sächs. OVG 5, 152 ff.
[132]) Gluth: S. 609.

4. Die Frage der Bezeichnung der dem Baugesuch stattgebenden Verwaltungsmaßnahme.

Schrifttum und Gesetzgebung verwenden für die baupolizeiliche Erlaubnis in oftmals wirrer Reihenfolge auch Bezeichnungen wie „Genehmigung, Bewilligung, Konsens, Konzession“ [133]). Dieser unerfreuliche Zustand sollte beseitigt werden. Wenn daher zum Schluß noch auf die Frage der Bezeichnung dieser Verwaltungsmaßnahme eingegangen wird, so geschieht dies aus der Erkenntnis der Unhaltbarkeit dieses Zustandes. —

Die erlaubende baupolizeiliche Verwaltungsmaßnahme besagt, daß nun die praktische Nutzanwendung der begrifflich bereits anerkannten Berechtigung zum Bauen „gedurft“ wird. Verleihungen dagegen gewähren mit rechtsbegründender Wirkung ein selbständiges Recht. Darum sind auch, mit Ausnahme der echten „Verleihungen der Wasserbenützungskonzessionen“, die zahlreichen sogenannten gewerblichen Konzessionen und Genehmigungen nichts als Erlaubnisse, denn sie erlauben nur die tatsächliche Ausübung eines Gewerbes, dessen Betrieb nach §§ 1, 143 Gewerbeordnung rechtlich schon gestattet ist, „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind“. Handelt es sich dabei um gewerbliche, im Sinne des § 16 Gewerbeordnung lästige Anlagen, die darum einer besonderen „Genehmigung“ bedürfen, so liegt auch in diesem Falle keine Genehmigung im eigentlichen Sinne vor oder eine Konzession, sondern eine Erlaubnis. Hinzu tritt allerdings, daß diese Erlaubnis bei der Behörde in zweifacher Weise nachzusuchen ist, einmal als gewerbepolizeiliche Erlaubnis zum Betrieb des angezeigten Gewerbes und zum andern als eine baupolizeiliche Erlaubnis zur Errichtung dieser für den Gewerbebetrieb baulich notwendigen Anlage. — Es ist sonach nicht am Platz, die erlaubenden Verfügungen Konzessionen zu nennen. Darüber hinaus sollte dieses Fremdwort auch dort nicht Verwendung finden, wo Verfügungen mit rechtsbegründender Wirkung bezeichnet werden wollen, da für diese Fälle weit treffender das gute deutsche Wort „Verleihung“ geschaffen ist.

Die Erlaubniserteilung ist aber auch keine Genehmigung, selbst dann nicht, wenn sich der Gesetzgeber dieser Bezeichnung gelegentlich bedient. Denn auch die Genehmigung, die stets Willenserklärungen voraussetzt, verleiht diesen gerade erst durch nachträgliche Zustimmung

[133]) Vergl. zumal das Durcheinander der Bezeichnungen in §§ 29-54 GewOrdnung. — Ackermann etwa spricht nur von Baukonsens.

rechtliche Wirksamkeit. Da sich aber aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt, daß die Bauberechtigung schon vor Erteilung einer Bauerlaubnis zu Recht besteht, kann diese Erlaubnis sich nur noch auf die Ausübung der Bautätigkeit beziehen. Es ist also irreführend und im Hinblick auf den sonstigen Gebrauch des Wortes überflüssig zugleich, wenn von Bau„genehmigung" die Rede ist. Auch zur Bezeichnung der erlaubenden allgemeinen Polizeiverfügung hat sich schließlich nicht der Ausdruck Polizei„genehmigung", sondern in der Regel das Wort Polizei„erlaubnis" durchgesetzt, wenn auch hie und da noch polizeiliche „Genehmigung" gleichbedeutend mit polizeilicher „Erlaubnis" gebraucht werden mag. Warum sollte es nicht auch auf den einzelnen Gebieten der Sonderpolizei, also etwa der Wasser-, Gewerbe- oder Baupolizei möglich sein, künftig nur noch von Erlaubnissen zu sprechen?

Schrifttum.

Ackermann, Paul: Baukonsens und polizeiliche Beschränkung der Baufreiheit nach preußischem Recht. — Tübinger Dissertation, 1910.

Baltz, Constanz: Baupolizeirecht, 1910, 4. Auflage.

Bornhak, Conrad: Grundriß des Verwaltungsrechts, 9. Auflage.

Brauchitsch, M. v.: Verwaltungsgesetze für Preußen, Bd. II, 2. Halbbd. 1931 (neu herausgegeben von B. Drews u. G. Lassar).

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

Dankwerts, Justus: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Staate, bei Frank: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937.

Dannbeck, Siegmund: Freiheit der Persönlichkeit im nationalsozialistischen Gemeinschaftsstaat, in: „Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung", 1935, 2. Auflage.

Dietrich, Otto: Philosophische Grundlagen des Nationalsozialismus, 1934.

Drautz, G.:

I. Polizeigewalt und Einzelrechte, in: „Württbg. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung", 1937 (herausgegeben von den Mitgliedern des württbg. Verwaltungsgerichtshofes).

II. Gewerbefreiheit und Polizeigewalt, ebenda 1938.

Drews, Bill: Preußisches Polizeirecht, Bd. I, 1936 u. Bd. II, 1933.

Eckhardt, Karl-August: Studium der Rechtswissenschaft, 1935.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes, in:

I. Bd. 2, 5, 9, 13, 14, 19, 20, 23, 24, 28, 32, 55, 57, 61, 75, 99, 100. —

II. Preuß. Verwaltungsblatt, Bd.: 15, 27, 29 — fortgesetzt als Reichsverwaltungsblatt, Bd. 56, 57. —

Entscheidungen des Reichsgerichts: in RG. 151. —

Entscheidungen des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes, in:
I. Württbg. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, Bd.: 1913, 1922, 1924, 1925, 1926, 1930, 1931, 1932, 1933, 1935. —
II. Amtsblatt des Ministeriums des Innern, Bd.: 1883, 1890.

Ergänzungsband zur Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, 1936 (herausgegeben von Leopold Hegelmaier).

Fischbach, Oskar-Georg: Die subjektiven öffentlichen Rechte der Beamten, in: Deutsche Juristenzeitung, 1935.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 4./5. Auflage.

Forsthoff, Ernst: Der totale Staat, 2. Auflage.

Gerber, Carl Friedrich von:
I. Ueber öffentliche Rechte, 1852.
II. Grundzüge des Staatsrechts, 1880.

Gluth, Oskar: Genehmigung und subjektives Recht, in: „Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 3. —

Göz, Karl: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902.

Häffner-Burger: Württembergische Bauordnung, 1927.

Hamel, Walter: Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im nationalsozialistischen Staat, bei Frank: Dt. Verwaltungsrecht 1937.

Hänel, Albert: Deutsches Staatsrecht, Bd. I, 1892.

Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1931, 7.—8. Auflag.

Heckel, J.: Das Wehrgesetz vom 21. Mai 1935, in: „Deutsche Juristenzeitung", 1935.

Hitler, Adolf: Mein Kampf, 1934, 107.—111. Auflage.

Hofacker, Wilhelm:
I. Die subjektiven öffentlichen Rechte, in: DJZ., 1935.
II. Zum Umschwung der Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts, in WüRV, 1936.

Höhn, Reinhardt:
I. Die subjektiven öffentlichen Rechte und der neue Staat, in: „Deutsche Rechtswissenschaft", Bd. I, 1936.
II. Staat und Rechtsgemeinschaft, in: „Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften", Bd. 95.

Huber, Ernst-Rudolf:
I. Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, in „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft", 1935.
II. Einheit und Gliederung des völkischen Rechts, in: Z. f. d. g. StaatsW., Bd. 98.
III. Verfassung, 1937.
Hußla, Erich: Baufreiheit und Bauerlaubniszwang. — Ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht. — Würzburger Dissertation, 1933. —
Jahrbücher des sächsischen Oberverwaltungsgerichts, Bd.: 39, 40. —
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905.
Koellreutter, Otto: Besprechung der Entscheidung des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 29. April 1926, in: „Verwaltungsarchiv", Bd. 32.
Koenig: Zur Neugestaltung des deutschen Baurechts, in: „Deutsche Verwaltung", 1938.
Köhler, Ludwig: Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, 1935.
Kormann, Karl:
I. System der rechtsgeschäftlichen Akte, 1910.
II. Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts 1930.
Köttgen, Arnold: Deutsche Verwaltung, 1937, 2. Auflage.
Krüger: Die neue Rechtsprechung des sächsischen Oberverwaltungsgerichts, in: „Verwaltungsarchiv", Bd. 41.
Laband, Paul: Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, 5. Auflage Bd. III, 5. Auflage.
Laforet, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht, 1937.
Landmann, Robert: Kommentar zur Gewerbeordnung, 1928, 8. Auflage und 1938, 9. Auflage.
Lange, Heinrich: Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, 1937.
Larenz, Karl: I Rechtsperson und subjektives Recht, in: „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft" 1935. —
Laun, Rudolf von:
I. Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.
II. Das Recht zum Gewerbebetrieb, 1908. —
Lemor, Hans-Joachim: Subjektives öffentliches Recht und Reflexwirkung objektiven Rechts im deutschen und preußischen Recht. — Breslauer Dissertation, 1929. —

Maunz, Theodor: Das Ende der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Z. f. d. g. StaatsW., Bd.: 96.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.: I, 1924, 3. Auflage.

Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

Meyer, Georg: Deutsches Verwaltungsrecht, 1910, 3. Auflage.

Nieder: Wassergesetz für Württemberg, 1902.

Pahlke: Das Wesen der Baugenehmigung, in „Verw. Arch." Bd. 32.

Pape, Hugo: Die Zulässigkeit des Widerrufs einer Bauerlaubnis und eines Baudispenses nach preußischem Recht. — Göttinger Dissertation, 1930. —

Rehm, Hermann: Rechtliche Natur der Gewerbekonzession.

Reichsgesetzblatt: Bd. 1871, 1933, 1934, 1935, 1936, 1937.

Richter, Lutz: Das subjektive öffentliche Recht, Tübinger Dissertation im „Archiv des öffentlichen Rechts", 1925, Neue Folge (N. F.), Bd. 8. —

Sarwey, Otto von: Allgemeines Verwaltungsrecht, in „Handbuch des öffentlichen Rechts", 1884, Bd. I, 2. Halbband. —

Satzung der Kreissparkasse Tübingen vom 1. Juli 1932. —

Schanz, Heinrich: Die Baugenehmigung in Bayern. Würzburger Dissertation, 1900. —

Scheuner, Ulrich:

I. Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, in: DJZ, 1935.

II. Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, bei: Frank, Dt. Verwaltungsrecht.

Schmidt, Georg: Zielsetzung und Schranken in der Polizeigewalt, in: Reichsverwaltungsblatt, Bd. 56. —

Schmitt, Carl: Die Rechtswissenschaft im Führerstaat, in: „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1935.

Schneider: Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich, in: Deutsches Recht, 1935.

Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Die Notwendigkeit einer neuen Begriffsbildung im bürgerlichen Recht, in: DJZ. 1935.

Scholz-(Forni):

I. Bauerlaubnis, in: „Verwaltungsarchiv", Bd. 23.

II. Verantwortlichkeit für polizeiwidrige Zustände, in: „Verwaltungsarchiv", Bd. 30.

Schuppe, Wilhelm: Begriff des subjektiven Rechts, 1887.

Steimle, Theodor: Neues Bau- und Bodenrecht, in: „Archiv des öffentlichen Rechts", NF. 28.

Stukart, Wilhelm:

I. Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: „Dt. Verwaltung", 1935. —

II. Rechtswahrer und Staat, ebenda, 1935.

Stuttgarter Neues Tagblatt:

I. Die Konzessionierung des Baugewerbes, Aufsatz in der Tageszeitung vom 16. 12. 38, Nr. 588, S. 5.

II. Einheitliche Baugesetze für das ganze Reich, Aufsatz in der Tageszeitung vom 5. Juni 1939, Nr. 255, Seite 7.

Swoboda, Ernst: Die aktuellen Tendenzen im öffentlichen Recht und im Privatrecht, in: „Grundfragen der Rechtsauffassung" 1938, von Höhn-Maunz-Swoboda.

Tatarin-Tarnheyden, Edgar:

I. Werdendes Staatsrecht, 1934.

II. Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat, in: Archiv des öffentlichen Rechts" NF. 24.

Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im badischen Recht, Bd. I, 1906.

Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. — Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, 1931 (mit einem Vorwort von Staatsrat Dr. Leopold Hegelmaier).

Wawro, Reinhold: Die Polizeierlaubnis nach dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931. Breslauer Dissertation 1935.

Weidemann, Johannes: Gemeinde und Staat, in „Deutsches Recht", 1936.

Werneburg: Baufreiheit und Baukonzession, in: „Fischer Zeitschrift für Verwaltungsrecht", Bd. 62 (herausgegeben von Walter Schelcher).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten, 1906, 9. Auflage. —

Württembergisches Regierungsblatt, Bd. 1876, 1910, 1933. —

Abkürzungen.

ALR	=	Allgemeines Landrecht
Amtsbl. d. M. d. J.	=	Amtsblatt des Ministeriums des Innern
Arch. d. öff. Rechts	=	Archiv des öffentlichen Rechts
BauO	=	Bauordnung
DBG	=	Deutsches Beamtengesetz
DGO	=	Deutsche Gemeindeordnung
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
Fisch. Z. f. V. R.	=	Fischer's Zeitschrift für Verwaltungsrecht
GewO	=	Gewerbeordnung
LVG	=	Landesverwaltungsgesetz
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
PVBl	=	Preußisches Verwaltungsblatt
Reg.Bl.	=	Regierungsblatt
RGBl	=	Reichsgesetzblatt
RVBl	=	Reichsverwaltungsblatt
Verw.Arch.	=	Verwaltungsarchiv
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VRG	=	Verwaltungsrechtspflegegesetz
WüRV	=	Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung
Z. d. Akad. f. Dt. Recht	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
Z. f. d. g. StaatsW	=	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften.

Lebenslauf.

Am 12. Dezember 1912 wurde ich in Constanza (Rumänien) als Sohn des reichsdeutschen Missionars Hermann König und seiner Ehefrau Arusiac, geb. Kaimetyan geboren. Nach Ausbruch der Feindseligkeiten zwischen Rumänien und den Mittelmächten gelangte ich mit meinen Eltern auf der Flucht über Siebenbürgen und Ungarn nach Deutschland. Hier besuchte ich kurze Zeit im Kreis Siegen (Westfalen), dann dauernd in Württemberg (Schorndorf und Bad-Cannstatt) die Schule, wo ich Ostern 1931 an der Gottlieb-Daimler-Oberschule zu Bad-Cannstatt die Reifeprüfung bestand.

Im Herbst desselben Jahres begann ich an der Universität Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft, studierte dort 8 Semester und bestand am 21. Dezember 1936 beim Oberlandesgericht in Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. Februar 1937 bin ich als Referendar im staatlichen Vorbereitungsdienst tätig, z. Zt. beim Finanzamt Stuttgart-Süd.

Die juristische Doktorprüfung, zu welcher ich mich im Februar 1939 meldete, legte ich am 7. Juni 1939 an der Universität Tübingen ab.